عمدة الرعاية على شرح الوقاية

للإمام عبد الحي بن عبد الحليم اللكنوي

المتوفى ١٣٠٤ هـ

ويليه تتمتاه

زبدة النهاية لعمدة الرعاية للشيخ عبد الحميد بن عبد الحليم اللكنوي

وحسن الدراية لأواخر شرح الوقاية للشيخ عبد العزيز بن عبد الرحيم اللكنوي

وبهامشه

غاية العناية على عمدة الرعاية

للدكتور صلاح محمد أبو الحاج

الأستاذ المساعد في جامعة البلقاء التطبيقية

الجزء السادس

يحتوي على الكتب التالية:

الوكالة - الدعوى - الإقرار - الصلح - المضاربة

الوديعة - العارية - الهبة - الإجارة

تنبيه:

وضعنا في أعلى الصفحات المتن المسمى بـ "وقاية الرواية في مسائل الهداية" لبرهان الشريعة محمود بن أحمد المحبوبي، ويليه الشرح المشهور بـ "شرح الوقاية" لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود المحبوبي، ثم "عمدة الرعاية على شرح الوقاية" للإمام عبد الحي اللكنوي، ووضعنا في أسفل الصفحات التعليق على عمدة الرعاية المسمى "غاية العناية" للدكتور صلاح محمد أبو الحاج

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title : ᶜUMDAT AL-RIᶜĀYAH ᶜALĀ ŠARḤ AL-WIQĀYAH

Classification: Hanafit jurisprudence

Author : Imām ᶜAbdul-Ḥayy al-Laknawī

Editor : Dr. Ṣalāḥ Muḥammad Abu al-Ḥajj

Publisher : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

Pages : 4544 (7 volumes)

Year : 2009

Printed in : Lebanon

Edition : 1st

الكتاب : عمدة الرعاية على شرح الوقاية

وبهامشه: غاية العناية على عمدة الرعاية

التصنيف : فقه حنفي

المؤلف : الإمام عبد الحيّ بن عبد الحليم اللكنوي

المحقق : د. صلاح محمد أبو الحاج

الناشر : دار الكتب العلميــــة ـ بيروت

عدد الصفحات: 4544 (7 أجزاء)

سنة الطباعة : 2009

بلد الطباعة : لبنان

الطبعة : الأولى

Aramoun, al-Quebbah, Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN 978-2-7451-6263-2

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة

جازَ التَّوكيل

كتاب الوكالة[1]

(جازَ التَّوكيل[2]

[1]قوله: **كتاب الوكالة**؛ لما فرغَ المصنِّفُ ﷺ عن بيانِ أحكامِ الشهادة بأنواعها وما يتبعها من الرجوعِ عنها، شرع في بيان أحكامِ الوكالة؛ لمناسبة أنَّ كلاً من الشاهدِ والوكيلِ ساعٍ في تحصيلِ مرادِ غيره الموكّل والمدّعي معتمداً على كلٍّ منهما، والوَكالة: بفتح الواو وكسرها، اسم من التوكيلِ، كما في «الصحاح»(1)، وغيره.

يقال: وكّلتُ الأمر إليه، وَكْلاً من باب وَعَدَ ووُكولاً: فوَّضتُ إليه واكتفيتُ به، والوكيل: فَعِيل بمعنى مفعول؛ لأنّه موكولٌ إليه، ويكون بمعنى فاعل، إذا كان بمعنى الحافظ، ومنه: ﴿حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾(2)، والجمع وكلاء، ووكَّلته توكيلاً فتوكّل، وتوكَّل على الله: أي اعتمدَ عليه ووثق به، ووكَل عليه في أمرِه كذلك، والاسم التُّكْلان. كذا في «المصباح»(3).

[2]قوله: **جازَ التوكيل**؛ وجوازه ثابتٌ بالنقل والعقل: أمَّا النقلُ: فالكتاب والسنة:

أمّا الكتاب: فقوله تعالى حكايةً عن أصحاب الكهف: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ﴾(4)، وكان البعثُ منهم بطريقِ الوكالة، وشرعُ من قبلنا شرعٌ لنا إذا قصَّه الله تعالى ورسوله من غيرِ إنكار، ولم يظهرْ نسخُه.

وأمَّا السُنّةُ فما روى أبو داود في «سننه» في «البيوع»: «إنّه ﷺ دفعَ لحكيم بن حزام ديناراً ليشتريَ له أضحيةً فاشتراه بدينار وباعَها بدينارين، فرجعَ واشترى أضحيةً بدينارٍ إلى رسول الله ﷺ، فدعا له أن تبارك تجارته»(5)، وقد تقدَّم ذكره، وانعقدَ عليه الإجماع.

---

(1) «الصحاح»(2: 711).
(2) آل عمران: 173.
(3) «المصباح» (ص670).
(4) الكهف: 19.
(5) في «سنن أبي داود»(3: 256)، و«سنن الترمذي»(3: 558)، وأصله في «صحيح البخاري» (3: 1332).

وهو تفويضُ التَّصرُّفِ إلى غيرِه، وشرطُهُ أن يملكَهُ الموكِّلُ

وهو تفويضُ التَّصرُّفِ[١] **إلى غيرِه، وشرطُهُ**[٢] **أن يملكَهُ الموكِّلُ**)، الضَّميرُ المنصوبُ يرجعُ إلى التَّصرُّف، والظَّاهرُ أنَّ المرادَ مطلقُ التَّصرُّف، فإن عبارةَ «الهداية» هكذا: ومن شرطِ الوكالةِ أن يكونَ الموكِّلُ مِمَّن يملِكُ التَّصْرُّفَ بأن يكونَ حُرّاً بالغاً، أو مأذوناً(١). وإن أُريد بالتَّصرُّف التَّصرُّف الذي وُكِّلَ به لا مطلقُ التَّصرُّف يكونُ قولُهما لا قول أبي حنيفةَ ﷺ، فإنَّ المسلمَ إذا وَكَّلَ الذّمي ببيعِ الخمرِ، يجوزُ عنده لا عندهما

وأمّا العقل: فإنَّ الإنسان قد يعجزُ عن المباشرة بنفسه لقلَّة هدايته في التصرُّفات، أو لكثرة اشتغاله، أو لمرضِه، أو لضعفِه، أو لكونِهِ شيخاً فانياً، أو لكونه ذا وجاهةٍ لا يتولَّى الأمورَ بنفسه، فاقتضى ذلك جوازَ الوكالة.

[١]قوله: **وهو تفويضُ التصرُّف**... الخ؛ أي إقامةُ غيره مقامَ نفسه في التصرُّفِ الذي يمكنُ أن يباشرَه بنفسه، وخرَّجَ بهذا القيد الإيصاء، فإنّه أيضاً تفويضُ التصرُّفِ إلى غيره، لكن إتمامه إنّما هو بموتِ الموصي.

وحينئذٍ لا يمكنُهُ أن يباشرَ التصرُّفَ بنفسه، لكن يشكل هذا بتوكيلِ المسلمِ الذميَّ ببيع الخمر، والجوابُ أنَّ المرادَ إمكانُ المباشرة، وهو مطلقُ الإمكان، سواء كان على وجهِ الشرعِ أو لا، والمرادُ بالتصرُّفِ التصرُّفُ المعلوم، حتى لو لم يكن معلوماً بأن قال: وكَّلتك بمالي، ثبتَ به، أو في تصرُّفاتِ الوكيل وهو الحفظ فقط؛ ولهذا أوردَ التصرُّفَ معرّفاً. كذا في «شرح النُّقاية» للبِرْجَنْدِيِّ، وغيرِه.

[٢]قوله: **وشرطه**...الخ؛ أي شرطُ تفويضِ التصرُّفِ أن يملكَ الموكّل التصرُّفَ الذي فوَّضَ إلى الوكيل، إذ هو تملُّكُ ذلك من الموكّل، فلا بُدَّ أن يكون مالكاً له؛ ليصحَّ التمليكُ منه، قيل: هذا عندهما، وعند أبي حنيفة ﷺ فالشرطُ أن يكونَ التوكيلُ حاصلاً بما يملكه الوكيل، سواء كان الموكّل مالكاً له أو لا، حتى يجوزَ عنده توكيلُ المسلمِ الذميَّ بشراءِ الخمر.

فعلى هذا يكون الضميرُ في يملكه راجعاً إلى مطلقِ التصرّف، فيخرج عن ذلك المجنونُ والصبيُّ الذي لا يعقل، وقيل: هذا على قولِ الكلّ، فإنَّ المرادَ هو أن يكون

---

(١) انتهت عبارة «الهداية»(٣: ١٣٧) بتصرف.

ويعقلَهُ الوكيلُ ويقصدَه، فصحَّ توكيلُ الحرِّ البالغ أو المأذون مثلَهما

(ويعقلَهُ الوكيلُ ويقصدَه): أي يعقلُ[1] أن البيعَ سالبٌ للملك، والشَّراءَ جالبٌ له، ويعرفُ الغُبْنَ اليسيرَ من الفاحش، ويقصدُ العقدَ حتَّى لو تصرَّف هازلاً، لا يقع عن الأمرِ.

(فصحَّ[2] توكيلُ الحرِّ البالغ أو المأذون مثلَهما)

مالكاً لذلك التصرُّف، نظراً إلى أصلِ التصرُّف، وإن امتنعَ لعارض، وبيع الخمرِ يجوز من المسلمِ في الأصل، وإنّما امتنع لعارضِ النهي. كذا في «الكافي» و«المضمرات».

[1]قوله: **أي يعقل**...الخ؛ يعني أنَّ من شرطِ الوكالةِ أن يكون الوكيلُ بحيث يعرفُ ذلك التصرُّف مثلاً، يعرفُ في البيع والشراء أنَّ البيعَ سالبٌ للملك، والشراءُ جالبٌ له، ويعرفُ الغبنُ اليسيرُ من الفاحش، والفاحشُ من اليسير، ويقصدُ ذلك التصرُّف بأن لا يكون هازلاً، بل يقصدُ بمباشرةِ السبب ثبوتُ الحكم، فلو كان الوكيلُ صبيّاً لا يعقل، أو مجنوناً، أو هازلاً لا يقعُ عن الآمر، ويصيرُ باطلاً.

والسرُّ فيه: أنَّ الوكيلَ قائمٌ مقامَ الموكّلِ في العبارة، فلا بُدَّ أن يكون من أهلِ العبارة؛ ليكون قادراً على التصرُّف، وذلك بالعقل، قال في «المنح»(١): وأما تفسيرُهم بالقصد؛ للاحترازِ عن بيعِ الهازلِ والمكره، فخارج عن المقصود؛ لأنَّ الكلامَ الآن في صحَّةِ الوكالة، لا في صحَّةِ بيعِ الوكيل؛ ولذا تركَه في «الكنز»(٢)، وتركناه في «المختصر»(٣) أيضاً. انتهى.

[2]قوله: **فصحّ**...الخ؛ وجهُ الصحَّة أنَّ الموكّلَ مالك للتصرُّف، والوكيل من أهلِ العبارة، وينبغي أن يقيّد الحرّ بالعاقلِ احترازاً عن المجنون.

قال في «المنح»(٤): فلا يصحّ توكيلَ مجنونٍ وصبيّ لا يعقل مطلقاً، وصبيّ يعقل بنحو طلاقٍ وعتاقٍ وهبةٍ وصدقةٍ من التصرُّفات الضارّة، وصحَّ توكيله بما ينفعه بلا إذن

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٤٢/ب).

(٢) «كنز الدقائق»(ص١٣٢).

(٣) «تنوير الأبصار»(ص١٥٦).

(٤) «منح الغفار»(ق٢: ١٤٢/أ).

وصبيّاً يعقلُ، وعبداً محجورينِ في التصرُّف

ولو قال[1] كلاً منهما، لكان أشمل لتناولِهِ توكيلَ الحرِّ البالغ مثله والمأذون، وتوكيلُ المأذونِ مثلَهُ والحرّ البالغ، والمرادُ[2] بالمأذونِ الصَّبي العاقلُ الذي أذنَهُ الوليُّ، والعبدُ الذي أذنَهُ المولى، (**وصبيّاً يعقلُ**[3]، **وعبداً محجورينِ في التصرُّف**

وليِّه، كقبولِ الهبة، وصحَّ توكيله بما تردَّدَ بين ضرر ونفع، وإجارةٍ إن كان الصبيُّ الموكَّل مأذونا في التجارة، وإلاَّ توقفَ على إجازة وليّه، فإن أجازَه جاز، وإلاَّ لا، كما لو باشره بنفسه. انتهى مختصراً.

[1]قوله: **ولو قال**...الخ؛ تقريره: إنّ قولَه: مثلهما؛ يفيد أن توكيلُ الحرِّ البائعِ حرَّاً بالغاً وتوكيلُ المأذونِ مأذوناً جائزٌ، ولا يدلُّ على جوازِ توكيلِ الحرِّ البالغ مأذوناً، وتوكيلُ المأذونِ حرّاً بالغاً، والحالُ أن يجوزَ توكيلُ كلٍّ منهما كلاً منهما، فلو قال: كلاً منهما؛ لكان أشمل؛ لتناوله الأقسام الأربعة.

[2]قوله: **والمراد**...الخ؛ يعني أنّ إطلاقَ المأذونِ شاملٌ للعبدِ المأذون، والصبيِّ العاقلِ المأذون، فإنَّ توكيلَ العاقلِ المأذون غيره جائزٌ؛ كسائر تصرُّفاتِه، بخلاف ما إذا كان الصبيُّ محجوراً حيث لا يجوزُ له أن يوكِّل غيرَه.

[3] قوله: **وصبياً يعقل**...الخ؛ عطفٌ على قوله: مثلهما؛ أي وصحَّ توكيل الحرّ البالغ، والمأذون صبيّاً...الخ.

والسِرُّ فيه: أنَّ الصبيَّ من أهلِ العبادة؛ ولهذا ينفذُ تصرُّفُه بإذنِ وليِّه، والعبدُ من أهلِ التصرُّفِ على نفسه، مالكٌ له؛ ولهذا لو أقرَّ بالمال لزمه بعد الحريّة، وصحَّ إقرارُه بالحدود والقصاص، كما صرَّحوا به، وإنَّما لا يملك التصرُّفَ في حقِّ المولى؛ دفعاً للضَّرر، والتوكيل ليس تصرُّفاً في حقِّ المولى؛ لأنَّ صحَّةَ التوكيلِ تتعلَّقُ بعبارته وأهليّته، والعبد مبقىً على أصلِ الحريَّة في ذلك؛ لأنَّ صحَّةَ العبارةِ بكونه آدميّاً.

لا يقال: إنَّ الصبيَّ العاقلَ المحجور والعبد المحجور لو كانا من أهلِ التصرُّفِ فينبغي أن يصحَّ منهما التزامُ العهدة، وليس كذلك؛ لأنّا نقول: التزامُ العهدة من الصبيِّ لا يجوز؛ لأنَّ أهليَّته قاصرة؛ لعدمِ بلوغِه، ومن العبدِ بحقِّ سيّده؛ لئلا يلزمَ الضرر به، ولمَّا تعذَّر التزامُ الضّرر بهما، تعلَّق بأقربِ الناس إليهما، وهو الموكِّل الذي انتفع بهذا التصرُّف.

ويرجعُ حقوقه إلى موكِّلهما دونَهما، بكلِّ ما يعقدُهُ بنفسِه، وبالخصومةِ

ويرجعُ حقوقه[1] **إلى موكِّلهما دونَهما)**: أي إذا وَكَّلَ الحرُّ البالغُ، أو المأذونُ صبيّاً محجوراً، أو عبداً محجوراً يرجعُ حقوق العقدِ إلى مؤكّلهما، ولا يرجع إليهما.

(بكلِّ ما يعقدُهُ بنفسِه[2]**)**، يتعلَّق بقولِهِ فصحَّ توكيلُ الحرِّ إلى آخره، **(وبالخصومةِ**[3](1)

[1]قوله: **ويرجع حقوقه**؛ أي حقوقِ العقد الذي باشره الصبيُّ المحجورُ والعبدُ المحجورُ إلى موكلهما لا إليهما، لكنَّ العهدةَ تلزمُ العبدَ المحجور بعد العتقِ لزوالِ المانعِ وهو حقّ المولى بخلاف الصبيّ، فإنَّ المانعَ حقُّه، وحقُّه لا يزولُ بالبلوغ، وعن أبي يوسفَ ﷺ: إنَّ المشتري إذ لم يعلم بحال الوكيل البائع، ثمَّ عَلِمَ أنّه صبيٌّ أو محجورٌ جاز له الفسخ. كذا في «الكافي».

[2]قوله: **بكلِّ ما يعقده بنفسه**؛ يعني إنَّ التوكيلَ يصحُّ بكلِّ عقدٍ يعقدُه الموكّل بنفسه لنفسه، فلا يرد أنَّ الوكيلَ يملكُ التصرُّفَ فيما وُكِّل فيه مع أنّه لا يملك التوكيل؛ لأنَّ الوكيل يملكُ التصرُّفَ لغيره لا لنفسه، وكذا لا يردُ أنَّ المسلمَ لا يملكُ بيعَ الخمر، ويملكُ توكيل الذميّ به، ولا يملكُ الذميُّ توكيل مسلم ببيع خمره وهو يملكه؛ لأنّه عكس، والنقض لا يكون إلاَّ في الطرد.

نعم؛ بقي هاهنا شيء وهو أنَّ المستقرضَ له أن يباشرَه بنفسِهِ لنفسه، ولا يجوز أن يوكّل به غيره، حتى لو وكَّل به فاستقرضَ الوكيلُ كان له لا للموكّل؛ لأنَّ البدلَ في باب القرض لا يجبُ ديناً في ذمَّةِ المستقرضِ بالعقد، وإنّما يجب بالقبض، والأمرُ بالقبض لا يصحّ؛ لأنّه ملكُ الغير، كما صرَّحَ به الزَّيْلَعِيُّ(2)، وغيرُه.

إلاَّ أنّه قال في «الخانية»: إن وكَّل بالاستقراض إن أضافَ الوكيلُ الاستقراضَ إلى الموكّل كان للموكّل، وإلاَّ كان للوكيل. انتهى؛ ولذا قال القُهُسْتَانيُّ(3): إنّه مختلَف فيه، والله أعلم بالصواب.

[3]قوله: **وبالخصومة...الخ**؛ أي وصحَّ التوكيلُ بالخصومةِ في كلِّ حقّ، سواء كان

---

(1) الخصومة: الدَّعوى الصحيحة أو الجواب الصريح. ينظر: «الجوهرة»(1: 298).

(2) في «تبيين الحقائق»(4: 254 - 255).

(3) في «جامع الرموز»(2: 122).

في كلِّ حقٍّ، ولا يلزمُ بلا رضا خصمِه

في كلِّ حقٍّ، ولا يلزمُ بلا رضا خصمِه)، قال بعضُ المشايخ[1] رضي الله عنهم: التَّوكيلُ بالخصومةِ بلا رضا الخصمِ باطلٌ عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه، صحيحٌ عندهما، وقال البعضُ: الاختلافُ في اللزومِ لا في الصِّحَّة، وفي «الهداية» اختار هذا

حدًّا أو قصاصاً أو غيرهما، وسواء كان من جانبِ المدَّعي أو المدَّعى عليه؛ لأنَّ الخصومةَ يشملها. نصّ عليه في «الإيضاح»، ووجه الصحَّة أنَّ كلّ أحد لا يهتدي إلى وجوه الخصوماتِ فيحتاجُ إلى التوكيل بالضرورة؛ ولأنَّ الموكّل يملك مباشرتها بنفسه، فكذا يملكُ التوكيلَ بها.

وأخرجَ البَيْهَقِيُّ: «إنَّ عليّاً رضي الله عنه وكّل في الخصومات عقيلاً رضي الله عنه»(1)، لكن لا بُدَّ له من رضاء الخصمِ عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه، وعندهما: يجوزُ من غير رضاء الخصم.

وفي «الخلاصة»: قال شمسُ الأئمّة الحَلْوَانِيُّ رضي الله عنه: المفتي مخيَّرٌ في هذه المسألة، إن شاء أفتى بقولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه، وإن شاء أفتى بقولهما، والفقيه أبو الليث رضي الله عنه كان يفتي بقولهما في الشريف.

وفي «الخزانة»: إنَّ الفقيه أبا الليث رضي الله عنه اختارَ قولهما للفتوى، الشريف والوضيع في ذلك سواء.

وفي «الكافي»: المتأخّرون اختاروا الفتوى أنَّ القاضي إذا علمَ من الخصم التعنُّتَ في إباءِ التوكيلِ لا يمكّنه من ذلك، ويقبلُ التوكيل من الموكّل، وإن علم من الموكّل القصد إلى إضرار الخصم بالتوكيلِ لا يقبل منه التوكيل إلاّ برضا الخصم، وهو اختيارُ شمس الأئمّة السرخسيّ رضي الله عنه. كذا في «شرح البِرْجَنْدِي» و«كمال الدراية»(2).

والخصومةُ في اللغة: بيكار، والخصم: المخاصم، والجمع خصوم، وقد يكون للجمع والاثنين والمؤنّث، وفسّرها في «الجوهرة»(3): بالدَّعوى الصحيحة أو الجواب الصريح.

[1]قوله: **قال بعض**...الخ؛ يعني أنّه لا شكَّ في أنَّ رضاءَ الخصم يشترطُ في

---

(1) في «سنن البيهقي الكبير»(٦ : ٨١).

(2) «كمال الدراية»(ق٥٠٧).

(3) «الجوهرة النيرة»(١ : ٢٩٨).

....

....

التوكيلِ بالخصومةِ عند الإمامِ إلا أن يكون الموكِّل مريضاً لا يمكنه حضور مجلس الحاكم، أو غائباً مسيرة سفر، أو مريداً للسفر كما سيذكره المصنِّف ﷺ، ولا يشترط عندهما، وهو قول الشافعيّ ﷺ أيضاً.

فقال بعض مشايخنا ﷺ: هذا الخلافُ في صحَّة التوكيل، فلا يصحُّ التوكيلُ بدونِ رضاء الخصمِ عند الإمام، ويصحُّ عندهما، وقال البعض: إنَّ الخلاف في اللُّزوم.

ومعناه: إنَّ الوكالةَ هل ترتدُّ بردِّ الخصم أم لا؟ فعند الإمامِ غيرُ لازمة، حتى لا يلزمَ الخصمُ الحضور، والجوابُ بخصومة الوكيل، وعندهما: يلزم ذلك؛ لأنَّ التوكيلَ تصرُّفٌ في خالصِ حقِّ الموكّل، فإنّه وكَّلَ الوكيل بالجواب أو بالخصومة، وكلاهما حقُّ الموكِّل، والظاهر أنّ التصرُّفَ في خالصِ حقّه لا يتوقفُ على رضاءِ غيره، كما أنَّ التوكيلَ بقبضِ الديونِ لا يتوقفُ على رضاءِ المديون.

وللإمامِ أنَّ كون التوكيل تصرُّفاً في خالص حقّه ممنوعٌ؛ لأنَّ الجواب حقٌّ للمدَّعي على المدَّعى عليه؛ ولهذا يستحضرُ المدَّعي الخصمَ في مجلس القاضي، والمستحقُّ للغير لا يكون خالصاً له.

وإن سلَّمنا أنّه تصرَّف في خالص حقّه، فنقول: تصرُّفُ الإنسانِ في خالصِ حقّه لا يصحُّ إلا إذا لم يتضرَّر به غيره، وهاهنا ليس كذلك؛ لأنَّ الناس يتفاوتون في الخصومة، فإنَّ الإنسانَ قد يصوِّرُ الباطلَ بصورة الحق، وقد لا يمكنُهُ تمشية الحقِّ على وجهه، ويمكن أن يكون للوكيلِ حذقٌ في الخصومات، فيتضرَّرُ بذلك الخصم، فيتوقَّف على رضاه.

كما أنَّ العبدَ المشترك إذا كاتبه أحدُ الشريكين يتخيَّر الآخر، فإنَّ الكتابةَ تتوقَّف على رضاء الآخر، وإن كان تصرُّفاً في خالصِ حقّه لإمكانِ ضررِ شريكه، فيتخيَّرُ بين الإمضاءِ والفسخ، بخلافِ التوكيل بالقبض والإيفاء؛ لأنَّ الحقَّ معلومٌ بقبضه، فلا يحصلُ بالتوكيل بهما ضرر الآخر، وبخلاف المريض والمسافر، فإنَّ الجوابَ غير واجبٍ عليهما، وهو ظاهر.

إلاَّ بموكِّلٍ مريضٍ لا يُمْكِنُهُ حضورَ مجلسِ الحاكم، أو غائبٍ مسيرةَ سفر، أو مريدٍ للسَّفر

(إلاَّ بموكِّلٍ مريضٍ[١] لا يُمْكِنُهُ حضورَ مجلسِ الحاكم، أو غائبٍ مسيرةَ سفر[٢]، أو مريدٍ للسَّفر)

أمّا على المريضِ فبعجزه بالمرض، وأمّا على المسافرِ فلكونه غائباً، فليس لخصمها حقُّ المطالبةِ بإحضارهما، فلا يكون في التوكيل منهما إسقاط حقِّ المستحقّ عليهما، ذكره الشُّمُنِّيّ ﷺ(١)، والعَيْنِيُّ ﷺ(٢)، وغيرهما.

[١]قوله: **إلا بموكّل مريض**...الخ؛ يعني إذا كان الموكّل مريضاً لا يقدر به على حضوره مجلس القاضي، أو غائباً مسيرة سفر، أو يريدُ السفر، فيلزم منه التوكيلُ بالخصومةِ بلا رضاء خصمه، ولو كان الموكّلُ مريضاً لا يمكنه الحضورُ بنفسه، ويمكنه ركوب الدَّابة، أو الحملُ على أيدي الناس، يلزمُ منه التوكيلُ بلا رضاءِ الخصم، وإن كان لا يزيدُهُ الركوب مرضاً في الأصحّ.

ولو قال الطالب أو المطلوب: أنا أريدُ السفر، يلزم منه التوكيل بلا رضاء خصمه؛ لأنّه يلحقُه الجَرحُ بالانقطاع عن مصالحه، لكن لا يقبل قولُه في إرادةِ السفر، بل ينظر القاضي في أمره؛ لأنَّ مَن يسافر لا يخفى حالُه، صرّح به الشُّمُنِّيّ ﷺ(٣)، وغيره.

[٢]قوله: **أو غائبٌ مسيرة سفر**؛ قال العلامة شيخنا الطحطاويّ في «حاشيته على الدرِّ المختار»: وينبغي أن يكون هذا إذا لم يصبر؛ ولذا قال في «المحيط»: إنّ كان الموكّلُ مريضاً أو مسافراً فالتوكيلُ منهما لا يلزمُ بدون رضاءِ الخصم، بل يقال للمدَّعي: إن شئت جوابَ خصمك فاصبرْ حتى يرتفعَ العذر، وإن لم تصبرْ فسبيلكَ الرِّضاء بالتوكيل، فإذا رضي لَزِمَه برضاه في ظاهر الرواية. انتهى ما في «حاشية الطحطاويّ»(٤).

---

(١) في «كمال الدراية»(ق٥٠٧ - ٥٠٨).

(٢) في «البناية»(٧: ٢٦٨ - ٢٧١).

(٣) في «كمال الدراية»(ق٥٢٧).

(٤) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٢٦٦).

أو مخدرةٍ لا تعتادُ الخروجَ. وبإيفائِه، واستيفائِهِ

وهو أن يكونَ[١] مشتغلاً بإعدادِ عُدَّةِ السَّفر[٢]، (**أو مخدرةٍ**[٣] **لا تعتادُ الخروجَ.**

وبإيفائِه، واستيفائِهِ

لكن لم يظهر ما إذا كان المدَّعى عليه مريضاً أو مسافراً، وإنّما قيَّده بقوله: مسيرة سفر؛ لأنّ الغائب ما دونها كالحاضر.

[١]قوله: **وهو أن يكون**...الخ؛ قال في «البحر»(١): إرادةُ السفرِ أمرٌ باطنيّ، فلا بُدَّ من دليلها، وهو إمّا تصديقُ الخصمِ بها أو القرينةُ الظاهرة، ولا يقبل قوله: إنّي أريدُ السفر، لكن ينظرُ القاضي في حالِهِ وفي عدّته، فإنّه لا يخفى عدَّة مَن يسافر. انتهى.

وفي «البَزَّازيّة»: وإن قال: اخرجُ بالقافلة الفلانيّة، سألهم عنه، وفي «خزانة المفتين»: لو قال: إنّي أريدُ السفرَ يلزمُ منه التوكيلُ طالباً كان أو مطلوباً، لكن يكفلُ المطلوب؛ ليتمكَّنَ الطالبُ من استيفاء دينه، وإن كذّبه الخصم يحلّفه القاضي: بالله إنّك تريد السفر. انتهى.

[٢]قوله: **بإعداد عُدّة السفر**؛ يقال: أعددته إعداداً: هيّأته وأحضرته، والعُدّة بالضم: الاستعدادُ والتأهب، والعدّة: ما أعددته من مالٍ أو سلاحٍ أو غير ذلك، والجمع عُدَد، مثل غرفةٍ وغرف. كذا في «المصباح المنير»(٢)، وقال في «منتهى الأرب»: عُدة بالضم: ساز وساخت، يقال: كونوا على عدّة، يعني: برا ما دلي ياشيد. انتهى.

[٣]قوله: **أو مخدّرة**...الخ؛ المخدّرة من الخَدر بفتح الخاء: إلزامُ البنتِ الخِدر بكسر الخاء، وهو ستر يمدُّ للجارية في ناحية البيت. كذا في «حاشية الطحطاويّ»(٣).

وقال في «المصباح»(٤): الخِدر: هو الستر، والجمع: خُدور، ويطلقُ الخِدر على البيتِ إن كان فيه امرأةٌ، وإلاَّ فلا، وأخدَرَتِ الجارية: لَزِمَت الخِدر، وأخدرَها أهلُها يتعدّى ولا يتعدّى، وخدَّرَوها بالتثقيل أيضاً وبالتخفيف، وقال السَّرَقُسْطي: أخدرتِ

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ١٤٥).

(٢) «المصباح المنير»(ص٣٩٦).

(٣) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٢٦٦).

(٤) «المصباح المنير»(ص١٦٥).

إلاّ في استيفاءِ حدٍّ وقَوَدٍ بغيبةِ موكِّلِه

إلاّ في استيفاءِ حدٍّ وقَوَدٍ بغيبةِ موكِّلِه[1]): أي صحَّ التَّوكيلُ بإعطاءِ كلِّ حقّ، وكذا بقبض كلِّ حق إلا أنَّه لا يصحُّ في استيفاءِ حدٍّ وَقَوَد بغيبة الموكِّلِ لشبهةِ العفو في القصاص، وشبهةِ أن يصدِّقَ القاذفُ في حدِّ القذف، وشبهةُ أن يدَّعي المالَ ولا يدَّعي السَّرقة.

الجارية: لزمتْ خدرها، وأخدرتها: إذ يستعمل لازماً ومتعدّياً، والمعنى: ستروها وصانوها عن الامتهان، والخروج لقضاء حوائجها. انتهى.

فالحاصلُ: إنَّ المخدَّرةَ هي التي لا تخرج عن بيتها إلى الأسواقِ غالباً، ولم تخالطْ مع الرجال، فإنَّ الخروجَ للحاجةِ لا يقدحُ في تخديرها ما لم يكثر، بأن تخرجَ لغيرِ حاجة، صرَّح به في «البَزَّازيّة»، فقوله: لا تعتاد الخروج صفةٌ كاشفةٌ لقوله: مخدرة.

قال في «الهداية»(1): لو كانت المرأة مخدَّرةً لم تجرِ عادتُها بالبروزِ وحضورِ مجلس الحاكم، قال الرازيّ ﷺ: يلزمُ التوكيل؛ لأنّها لو حضرت لا يمكنها أن تنطقَ بحقّها لحيائها، فيلزمُ توكيلها، قال ﷺ: وهذا شيءٌ استحسنه المتأخّرون. انتهى.

وقال في «الكفاية»(2): وعليه الفتوى. انتهى. وقال في «الفتح»(3): أمَّا على ظاهرِ إطلاقِ «الأصل» وغيرِه عن أبي حنيفةَ ﷺ، فلا فرقَ بين البكر والثّيبِ والمخدّرة والبَرْزَة، والفتوى على ما اختاروه من ذلك. انتهى. وفي «العناية»(4): قال ابن أبي ليلى ﷺ: تقبلُ من البكر دون الثيب. انتهى.

[1]قوله: بغيبةِ موكِّله؛ أي عن المجلس؛ وإنّما قيَّدَ به لأنَّ التوكيل باستيفاء الحدِّ والقصاصِ في حضرة الموكِّل جائزٌ بالاتّفاق، وقالت الثلاثة: يجوز التوكيلُ باستيفاءِ القصاص وحدِّ القذفِ في غيبةِ الموكِّل؛ لأنّه حقُّ العبد ويجوزُ استيفاؤه في حضرته، فكذا في غيبتِه.

(1) «الهداية»(٣: ١٣٧).
(2) «الكفاية»(٦: ٥٦٢).
(3) «فتح القدير»(٦: ٥٦١).
(4) «العناية»(٦: ٥٦٢).

....

....

ولنا: أنّهما يسقطان بالشبهة، وشبهةُ عفوِ الموكِّل الغائبِ متمكِّنة، إذ العفو مندوبٌ إليه قال الله ﷻ: ﴿وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾[1]، وقال ﷻ: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾[2]، وحالُ الغائبِ غير معلومٍ فجاز أن يكون الموكِّل قد عفى، والوكيلُ لا يشعرُ به.

بخلاف حضرة الموكِّل، فإنَّ حالَ الحاضرِ معلومٌ بعدمِ العفو، وقد يحتاجُ إلى التوكيل لقلّة هدايته في الاستيفاء؛ ولأنّ قلبَه لا يحتملُ ذلك، وبخلاف الاستيفاءِ في غيبةِ الشهودِ حيث يستوفي الحدود والقصاص مع غيبتهم، وإن كان رجوعُهم محتملاً؛ لأنَّ رجوعَهم نادرٌ، والأصلُ فيهم الصدق، فلا يكون احتمال رجوعهم في الغيبةِ شبهة.

واعلم أنَّ التوكيلَ بإثباتِ الحدِّ والقصاصِ جائز عند أبي حنيفة ﷺ، فإذا قامت البيِّنة وثبتَ الحقُّ كان للموكِّلُ الاستيفاء، وقال أبو يوسف ﷺ: لا يجوزُ التوكيل بإثباتهما، والأظهرُ أنَّ قولَ محمَّد مع أبي حنيفةَ ﷺ، وقيل: مع أبي يوسفَ ﷺ، وقيل: هذا الاختلافُ في غيبةِ الموكِّل، وأمّا في حضرتِهِ فهو جائزٌ وفاقاً؛ لأنَّ كلَّ كلامٍ يوجدُ من الوكيلِ ينتقلُ إلى موكِّله حالَ حضورِه إذا لم يكن فيه عهدةٌ على الوكيل.

ولأبي يوسفَ ﷺ إنَّ المقصود من الإثباتِ الاستيفاء، ولا يصحُّ التوكيلُ باستيفاء الحدِّ والقصاص، فلا يصحُّ بإثباتهما، وإنَّ الوكيلَ بمنْزلةِ البدلِ عن الموكل، ولا مدخل للأبدال في هذا الباب؛ ولهذا لا يثبتُ بالشهادة على الشهادة، وبكتاب القاضي إلى القاضي، وشهادة النساء مع الرجال، وبالإشارةِ من الأخرس؛ لأنّها بدل العبارة.

ولأبي حنيفةَ ﷺ: إنّ التوكيلَ يتناول ما ليس بحدٍّ ولا قصاص، ولا ما يضاف إليه حدٌّ ولا قصاص، وهو الخصومة، فيصحُّ التوكيلُ به كما في سائرِ الحقوق، وعلى هذا الخلافِ التوكيلُ بالجوابِ من جانبِ مَن عليه الحدُّ والقصاص.

---

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) المائدة: ٤٥.

وحقوقُ عقدٍ يضيفهُ الوكيلُ إلى نفسِه كبيع ، وإجارة ، وصلحٍ عن إقرارٍ يتعلّق به فيسلِّمُ المبيعَ ويقبضَهُ

(**وحقـوقُ عقـدٍ يـضيفهُ**[1] **الوكـيلُ إلى نفـسِه**) : أي لا يحـتاجُ فـيه[2] إلى ذِكْـرِ المـوكّل ، فإنَّ في البـيعِ والـشّراءِ عـن المـوكِّلِ يكفـي أن يقـولَ الوكـيلُ : بعـت ، أو اشتريت ، (**كبيع ، وإجارة وصلحٍ عن إقرارٍ يتعلَّق به**[3] **فيسلِّمُ المبيعَ**) : أي في الوكالةِ بالبيع ، (**ويقبضَهُ**) : أي في الوكالةِ بالشَّراء

وكلام أبي حنيفةَ ﵁ فيه أبين ؛ لأنَّ التوكيلَ وقع هاهنا بدفع دعوى القصاص والحدّ ، ودفعُهما يثبتُ مع الشُّبهات ، حتى يثبتَ العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة ، وبشهادةِ النساء مع الرجال ، غير أنّ إقرارَ الوكيل لا يقبل عليه ؛ لأنَّ فيه شبهةُ عدمِ الأمر به ، ولا يصحُّ التوكيل بإثباتِ حدِّ الزنا وشرب الخمر اتّفاقاً. كذا في «كمال الدراية»[1] ، وغيره.

[١]قوله : **يضيفه** ؛ المرادُ بالإضافةِ المعنى اللغويّ ، وهو الإسناد ، بأن يقول : بعتُ وآجرتُ وصالحت.

[٢]قوله : **أي لا يحتاج فيه**...الخ ؛ في هذا التفسيرِ إشارةٌ إلى أنَّ المرادَ كلّ عقدٍ يصحُّ إضافته إلى الوكيلِ نفسه لا يحتاجُ فيه إلى ذكر الموكّل.

[٣]قوله : **يتعلّق به** ؛ أي يتعلَّقُ العقدُ بنفسِ الوكيلِ دون الموكّلِ ما دامَ حيّاً كما في «الدر»[2] نقلاً عن ابن ملك ، فلا فرقَ بين موكِّلِه حاضراً أو غائباً ، ولما في «البحر»[3] نقلاً عن «الفتاوى الصغرى» : لا تنتقلُ الحقوقُ إلى الموكّل فيما يضافُ إلى الوكيلِ ما دامَ الوكيل حيّاً ، وإن كان غائباً.

وفي «المحيط» : الوكيل بالبيع باعَ وغاب ، لا يكون للموكّل قبضُ الثمن ، فإذا ماتَ الوكيلُ عن وصيٍّ قال الفَضْلِيُّ : تنتقلُ الحقوقُ إلى وصيّه ، وإن لم يكن وصيٌّ يُرْفَعُ إلى الحاكمِ فينصِبُ وصيّاً عند القبض ، وقيل : تنتقل إلى موكّله فيحتاطُ عند

---

(١) «كمال الدراية»(ق٥٠٧ - ٥٠٨).
(٢) «الدر المختار»(٤ : ٤٠١).
(٣) «البحر الرائق»(٧ : ١٤٨).

وثمنَ مبيعِه. ويطالبُ بثمنِ مشريِّه، ويخاصمُ في عيبِه، وشفعةِ ما باع، وهو في يدِه، فإن سلَّمَهُ إلى آمرِهِ فلا يُرَدُّ بالعيبِ، إلاَّ بإذنِه، ويرجعُ بثمنِ مشريهِ مستحقّاً

(وثمنَ مبيعِه. ويطالبُ بثمنِ مشريِّه، ويخاصمُ[1] في عيبِه، وشفعةِ ما باع، وهو في يدِه[2]، فإن سلَّمَهُ إلى آمرِهِ فلا يُرَدُّ بالعيبِ، إلاَّ بإذنِه، ويرجعُ بثمنِ مشريهِ مستحقّاً): هذا كلُّهُ عندنا، وعند الشَّافِعيِّ[3] ﷺ(1) يرجعُ الحقوقُ إلى الموكِّل، لكن يَجِبُ أن يعلمَ أن الحقوقَ نوعان:

١. حقٌّ يكونُ للوكيل.

٢. وحقٌّ يكونُ على الوكيل.

الفتوى. انتهى.

وهذا إذا لم يكن الوكيلُ محجوراً، أمّا إذا كان محجوراً كالعبد والصبيِّ المحجورين، فإنّهما إذا عقدا بطريقِ الوكالةِ تتعلَّقُ حقوقُ عقدهما بالموكِّل: كالرسول والقاضي وأمينه، ولو قبضَه مع هذا صحَّ قبضُه؛ لأنّه هو العاقدُ فكان أصيلاً فيه. كما صرَّحوا به.

[1]قوله: ويخاصم؛ بصيغة المعروف إذا كان وكيلاً بالبيع، ويخاصم بصيغة المجهول إذا كان وكيلاً بالشراءِ في عيبِ المبيع والمشترى، وكذا يخاصم إذا كان وكيلاً بالبيع في رجوعِ الثمن عليه إذا كان المبيعُ في يدِ المشتري، وإذا كان وكيلاً بالشراء يخاصمُ في استحقاقِ المبيع في يده، وإذا كان وكيلاً بالشراء وكان العقار في يدِهِ فالشفيعُ يخاصمه في طلب الشفعة.

وكذا إذا كان وكيلاً بالبيعِ فيخاصم في شفعة ما باعه وهو في يده، وكذا يخاصم الوكيل في شفعة ما اشترى بالوكالةِ ما دام في يده.

[2]قوله: وهو في يده؛ قيّدَ به؛ لأنَّ الوكيل بعد التسليم إلى موكّله لا يفعلُ شيئاً من ذلك إلاَّ بأمرٍ جديد؛ لانتهاءِ حكم الوكالة بالتسليم.

[3]قوله: وعند الشافعي ﷺ...الخ؛ وكذا عند مالكٍ وأحمد ﷺ. كما صرَّح به

---

(١) ينظر: «التنبيه»(ص٧٦).

....

فالأَوَّلُ: كقبضِ المبيع، والمطالبةِ بثمنِ المشتري، والمخاصمةِ في العيب، والرُّجوعِ بثمنِ المستحقّ، ففي هذا النَّوعِ للوكيلِ ولايةُ هذه الأمورِ، لكن لا يَجِبُ عليه، فإن امتنعَ لا يُجْبِرُهُ الموكِّلُ على هذه الأفعال؛ لأنَّه متبرِّعٌ في العمل، بل يوكِّلُ الموكِّلُ لهذه الأفعال، وسيأتي في «كتاب المضاربة» بعض هذا، وهو قولُهُ: وكذا سائرُ الوكلاء. وإن ماتَ الوكيلُ فولايةُ هذه الأفعالِ لورثتِه، فإن امتنعوا، وَكَّلُوا موكِّلَ مورِّثِهم، وعند الشَّافِعِيِّ ﷺ للموكِّل ولايةُ هذه الأفعالَ بلا توكيل من الوكيل، أو وارثِه.

وفي النَّوعِ الآخرِ[1]: الوكيلُ مدَّعىً عليه، فللمدَّعي أن يُجْبِرَ الوكيلَ على تسليمِ المبيع، وتسليمِ الثَّمن وأخواتِهما.

الشُّمُنِيُّ ﷺ[1]، ودليلهم أنَّ الحقوقَ تابعةٌ لِحُكمِ التصرُّف، والحكمُ في هذه التصرُّفات، وهو الملك يتعلَّق بالموكِّل، فكذا تابعه، وصار الوكيلُ هاهنا كمَن قال له آخر: كن رسولي في بيع عبدي مثلاً، وكالوكيل في النكاح.

ولنا: إنَّ العقدَ يحصل بالكلامِ الصادرِ من الوكيل، وقضيةُ هذا أن يكون الحاصلُ بالتصرُّفِ واقعاً له، إلا أنَّ الموكِّل لما استنابه في تحصيل حكمِ ذلك التصرُّفِ جعلناه نائباً في حقِّ الحكمِ فقط، كيلا يبطل مقصودَه فيبقى الوكيل [أصيلاً في حق الحقوق، ثم هو يستغني عن إضافة العقد إلى الموكِّل، ولو لم يكن] أصيلاً في العقد، وكان كالرسول والوكيل في النكاح لما استغنى عن ذلك، وإن كان أصيلاً في حقِّ الحقوقِ جاز تثبيتُ توكيله فيها، ولا يجوز توكيلُ الموكِّل فيها؛ لأنَّه أجنبيٌّ عنها.

[1]قوله: وفي النوع الآخر...الخ؛ ويظهرُ منه الجوابُ عمّا أورده بعضُهم من أنَّ الوكيلَ متبرِّعٌ في التوكيل مطلقاً، فما وجه الفرق في النوعِ الأوّل والثاني حتى لا يجبرَه الموكِّلُ في الأوّل، ويجبره في الثاني.

وتصوير الجواب: أنّا سلَّمنا أنَّ إلتزامَ الوكالةِ تبرُّعٌ من الوكيل، لكنَّه بالنسبةِ إلى الموكِّل، ومعناه أنّه لو لم يلتزمها لم يجبرْ عليها، أمّا إذا التزمها فأعماله لا تخلو: إمَّا أن

---

(١) في «كمال الدراية»(ق٥٠٨).

ويثبتُ الملكُ للموكِّلِ ابتداءً، فلا يُعْتَقُ قريبُ وكيلٍ شراه

(ويثبتُ الملكُ[١] للموكِّلِ ابتداءً، فلا يُعْتَقُ قريبُ وكيلٍ شراه) : أي إذا اشترى الوكيل، فالأصحُّ[٢] أن يثبتَ الملكُ للموكِّلِ ابتداءً، وعند بعضِ المشايخ ﷺ يَثْبُتُ الملكُ أوَّلاً للوكيلِ، ثم يَنْتَقِلُ منه إلى موكِّلِه بسببِ عقدٍ يجري بينهما، وإن لم يكن ملفوظاً، بل مقتضى للتَّوكيل السَّابق

يوجبَ كونه مدّعى عليه، أو لا.

فإن كان؛ يوجبُ، فيستلزمُ الجبرَ عليه لتسليم المبيع، إذا كان وكيلاً بالبيع، وتسليمُ الثمنِ إذا كان وكيلاً بالثمن، فإنّهما يجبران عليه لا محالة بالعقد الذي التزمَ ولايته باختياره لتيسرها، وهذا قضيةُ كونِهِ مدّعى عليه، فإنَّ المدَّعى عليه الذي يجبرُ عليه، وإن لم يرد الخصومة.

وإن كان؛ لا يوجبُ، فلا يستلزمُ الجبرَ عليه، كقبضِ المبيع إذا كان وكيلاً بالشراء، ومطالبةِ الثمنِ إذا كان وكيلاً بالبيع؛ لأنَّ الوكيلَ في هذه الصورةِ يكون مدَّعياً، والمدَّعي لا يجبرُ عليه، فلا يجبرُ عليه الموكّل؛ لأنّه متبرِّعٌ في حقِّهِ فلا يستحقُّ كونه مجبوراً ولا غيره؛ لأنَّ المدَّعي هو الذي إذا تركَ تركَ فلا يؤخذ منه.

[١]قوله: ويثبت الملك...الخ؛ يعني يثبتُ الملكُ للموكّل خلافةً، وبدلاً عن الوكيل، باعتبار التوكيل السابق، لا أن يثبتَ للوكيلِ فينتقلُ إلى الموكّل كما زعمَ الشافعيّ ﷺ، فالحاصل أنَّ الوكيلَ أصيلٌ في حقِّ الكلّ، لكن في حقِّ الملك يخلفه الموكّل، فيقع له من غير أن يكون أصيلاً فيه، كما أنَّ العبدَ يقبلُ الهبة ويصطاد، والملكُ يثبتُ للمولى ابتداءً خلافةً عن العبد، والمولى يقومُ مقامه بذلك السبب.

[٢]قوله: فالأصح...الخ؛ توضيحه: إنَّ العلماءَ اختلفوا في هذه المسألة، فقال الكَرْخيّ ﷺ: يثبتُ الملكُ للوكيلِ لتحقُّقِ السببِ من جهته، ثم ينتقل إلى الموكّل بسبب عقدٍ يجري بينهما، وإن لم يكن ملفوظاً بل مقتضى التوكيل السابق.

وقال أبو طاهرٍ الدَّبّاس ﷺ: يثبتُ الملك ابتداءً للموكّل، وهذا هو الأصحّ؛ لأنَّ المشترى إذا كان منكوحةَ الوكيل أو قريبه لا يفسدُ النكاح، ولا يعتقُ عليه، ولو ملك المشتري فلا بدَّ من أن يعتقَ عليه، ويفسد النكاح، ولم يقل به أحد.

وحقوقُ عقدٍ يضيفُهُ إلى موكِّلِه كنكاح، وخلع، وصلحٍ عن إنكار، أو دَم عَمْد، وعتقٍ على مال، وكتابة، وهبة، وتصدّق، وإعارة، وإيداع، ورهن

فعلى التَّخريجِ الأوَّل[١]: إذا وَكَّلَ أحداً أن يشتري قريبَهُ من مالكِه، فاشتراه لا يعتقُ على الوكيلِ؛ لأنَّه لا يملكهُ، وعلى التَّخريجِ الثَّاني: لا يعتقُ أيضاً؛ لأنَّهُ يَثْبُتُ للوكيلِ ملكٌ غيرُ متقرِّرٍ فلا يعتق.

(**وحقوقُ عقدٍ يضيفُهُ**[٢] **إلى موكِّلِه: كنكاح، وخلع، وصلحٍ عن إنكار، أو دَم عَمْد، وعتقٍ على مال، وكتابة، وهبة، وتصدّق، وإعارة، وإيداع، ورهن**

وهاهنا مسلكٌ آخر، وهو ما قال أبو زيدٍ ﷺ من أنَّ الوكيلَ نائبٌ في حقِّ الحكم، أصيلٌ في الحقوق، فوافقَ الكرخيّ ﷺ [في] الحقوق، وأبا طاهر في الحكم، ذكره البَزَّازيّ وحسّنه.

[١]قوله: **فعلى التخريج الأوّل**...الخ يعني إذا وكّل أحدٌ أحداً أن يشتريَ قريبه من مالكِه فاشتراه لا يعتقُ على ما ذهبَ إليه أبو طاهر ﷺ، واختارَه في «المتن»؛ لأنَّ الوكيل لم يملكه بل ثبتَ ملكُه للموكّلِ ابتداءً.

وعلى ما ذهبَ إليه الكرخيّ ﷺ ينبغي أن يعتق؛ لأنّ الوكيل ملكه أوّلاً ثمَّ انتقلَ ملكَه إلى الموكّل، لكن لا يعتق؛ لأنّه وإن ثبتَ للوكيل ملكه، لكنّه غير متقرّر، والموجبُ للعتقِ هو الملك المتقرّر، وهكذا أجابَ الكرخيّ ﷺ فلم يظهرْ لهذا الاختلافِ ثمرة؛ لكونِ عدم العتقِ متّفقاً عليه، فالأولى أن يفرِّعَ عليه ما يظهرُ فيه أثراً لخلاف. فتدبّر.

[٢]قوله: **يضيفه**...الخ؛ يعني لا يستغني عن الإضافة فيه إلى موكّله حتى لو أضافه إلى موكِّلِهِ لا يصحّ، كما ذكروا، لكن قال في «البَزَّازيّة»: الوكيل بالطلاقِ والعتاقِ إذا أخرجَ الكلامَ مخرجَ الرسالة، بأن قال: إنَّ فلاناً أمرني أن أُطَلِّقَ أو أعتق ينفذُ على الموكّل؛ لأنَّ عدَّتهما على الموكّل على كلِّ حال، ولو أخرجَ الكلامَ في النكاحِ والطلاقِ مخرجَ الوكالة بأن أضافه إلى نفسه صحَّ إلاَّ في النكاح.

والفرق أنّه في الطلاق إضافةٌ إلى الموكّل معنىً؛ لأنّه بناءٌ على ملكِ الرقبة، وهي للموكّل في الطلاقِ والعتاق، فأمّا في النكاحِ فذمَّةُ الوكيلِ قابلةٌ للمهرِ حتى لو كان

وإقراض يتعلّقُ بالموكّل لا به، فلا يطالبُ وكيلُ زوجٍ بالمهر، ولا وكيلُ عرسٍ بتسليمها، وببدل الخلع

وإقراض يتعلّقُ بالموكّل لا به[1]، فلا يطالبُ وكيلُ زوجٍ بالمهر، ولا وكيلُ عرسٍ بتسليمها، وببدل الخلع.

بالنكاحِ من جانبها وأخرجَ مخرجَ الوكالة لا يصيرُ مخالفاً؛ لإضافته إلى المرأة معنىً، فكأنّه قال: ملَّكتك بضعَ موكّلتي. انتهى.

وقال في «البحر»[1] بعد نقل هذا المنقول: فعلى هذا معنى الإضافة إلى الموكّل مختلف، ففي دليل النكاح من قبيل الزوج على وجه الشرط، وفيما عداه وجهُ الجواز فيجوز عدمه. انتهى. وظهر منه أنّ الإضافةَ لا تلزم إلاَّ في النكاح، وهو مخالفٌ لما صرَّحوا به.

قال في «المجتبى»: وكَّله أن يرتهنَ عبدَ فلان بدينه أو يستعيرَه له أو يستقرضَ له ألفاً، فإنّه يضيفُ العقدَ إلى موكّلِه دون نفسه، فيقول: إنَّ زيداً يستقرضُ منك كذا أو يسترهنُ من عبدك أو يستعيرُ منك، ولو قال: هب لي أو أعرني أو أقرضني أو تصدَّق عليَّ فهو للوكيل. انتهى. والتفصيل في المبسوطات

[1]قوله: **يتعلّق بالموكّل لا به**؛ لأنَّ الوكيلَ في هذه العقودِ سفيرٌ محض، والسفيرُ مَن يكون حاكياً قولَ الغير، والحاكي لا يلزمُهُ أحكامُ قولِ الغير.

ألا ترى أنّ مَن حكى قذفَ الغيرِ لا يكون قاذفاً، أمّا كون الوكيل في هذه العقود سفير محضاً فظاهر؛ ولهذا لا يستغني عن إضافةِ العقد إلى الموكّل حتى لو أضافه إلى نفسه في النكاح وقع النكاح له، فصار كالرسول فلا يتصوَّرُ أن يكون السببُ صادراً من شخصٍ على سبيل الأصالة، ويقعُ الحكم لغيره، فجعلناه سفيراً.

والسرُّ فيه: أنَّ الحكمَ في هذه العقود لا يقبلُ الفصل عن سببه؛ لأنّها من قبيل الإسقاطات، أما غيرُ النكاح فظاهر.

وأمّا النكاح؛ فلأنه يسقط مالكيّةَ المرأة؛ ولأنَّ الأصلَ في الأبضاع الحرمة، فكان النكاحُ إسقاطاً للحرمة نظراً إلى الأصل، وإنّما يثبتُ الملك ضرورةً؛ ليتمكّنَ من

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ١٥١ - ١٥٢).

وللمشتري منعُ الثَّمنِ من موكِّلِ بائعِه، فإذا دفعَ إليه صحَّ، ولم يطالبْهُ بائعُهُ ثانياً

وللمشتري[1] منعُ الثَّمنِ من موكِّلِ بائعِه، فإذا دفعَ إليه صحَّ[2]، ولم يطالبْهُ بائعُهُ ثانياً[3])

الوطء؛ ولهذا لا يظهرُ في حقِّ الفسخ والتمليك من الغير، وفيما وراء الوطء فهو إسقاطٌ جرياً على الأصل، إذ الحرمةُ تنافي الملك والساقط متلاشٍ ومضمحل فلا يجوز أن يسقطَ في حقّ الوكيل، ثمَّ يسقطُ ثانياً في حقِّ الموكّل بالانتقال؛ لأنَّ الساقطَ لا يعود إلاَّ لسببٍ جديد، ولم يوجد.

فكان حكمُ النكاحِ ثابتاً كمَن أضيفَ إليه ابتداءً وهو الموكّل بخلاف البيع، فإنّ حكمَه يقبلُ الفصل عن السبب، كما أنّه في البيع بشرطِ الخيار، فجازَ أن يصدرَ السببُ عن شخص أصالةً، ويقعَ الحكمُ لغيره خلافةً.

فإنَّ المحلَّ فيه خلقَ مباحاً وقابلاً للتملّك بطريق الأصالة، وذلك الحكمُ مّما يقبلُ الانتقالَ من ملك إلى ملك، فجاز أن يملكَه شخصٌ ثم ينتقل عنه إلى شخص، وجاز أن يصدرَ السبب من شخص ويقعَ الحكمُ لغيره.

ومن أخواتِ هذا النوعِ العتقُ على مال، والكتابة، والهبة، والتصدق والإعارة، والإيداع، والإقراض، والرهن، والشركة، والمضاربة، فإنَّ الحكم فيها يثبتُ بالقبض، وإنّه يلاقي محلَّها مملوكاً للغير، فلا يجعلُ أصيلاً فيه بل سفيراً ومعبِّراً، وزيادةُ التفصيلِ في شروح «الكنز»(١) وحواشي «الهداية».

[١]قوله: **وللمشتري منع...**الخ؛ يعني إذا وكَّلَ رجلاً بيعَ شيءٍ فباعَه، ثمَّ إنّ الموكّلَ طلبَ من المشتري الثمنَ له منعُه؛ لأنَّ الموكّلَ أجنبيٌّ عن العقد، والوكيلُ أصيلٌ في الحقوق؛ ولذا له أن يوكّل الآخر بهذه الحقوق، وإن لم يكن له حقّ التوكيل(٢).

[٢]قوله: **صحّ**؛ لأنَّ الثمنَ المقبوض حقُّ الموكّل، وقد وصلَ إليه، ولا فائدةَ في الأخذِ منه، ثمَّ الدفع إليه.

[٣]قوله: **ولم يطالبه بائعه ثانياً**؛ لعدمِ الفائدة، نعم لو كان للمشتري على الموكّل

---

(١) ينظر: «التبيين»(٤: ٢٥٧).

(٢) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٢٢٦).

....

اعلم[1] أنّ في بعضِ هذه الأمثلة نظراً في أنّها تضافُ إلى الوكيل أو الموكّل.
أمَّا البيعُ والإجارةُ فلا شَكَّ أنّهما مستغنيانِ عن ذِكْرِ الموكّل، فهما من القسمِ الأَوَّل، والنِّكاحُ والخلعُ لا يستغنيانِ عنه، فهما من القسمِ الثَّاني.
وأمَّا الصَّلحُ فلا فَرْقَ فيه بين أن يكونَ عن إقرار أو إنكار في الإضافة، فإنَّ زيداً إذا ادَّعى داراً على عمرو، فوكَّلَ عمروٌ وكيلاً على أن يصالحَ بالمئة، فيقولُ زيدٌ: صالحتُ عن دعوى الدَّار على عمرو بالمئة، ويقبلُ الوكيلُ هذا الصّلْح، يَتِمُّ الصُّلْحُ سواء كان عن إقرار أو عن إنكار، إلاَّ أنَّه إذا كان عن إقرارٍ يكونُ كالبيع، فيرجعُ الحقوقَ إلى الوكيل كما في البيع، فتسليمُ بدل الصُّلْحِ على الوكيلِ، وإذا كان عن إنكار، فهو فداءُ يمينٍ في حقِّ المدَّعى عليه، فالوكيلُ سفيرٌ محضٌ فلا يرجعُ إليه الحقوق.

تقعُ المقاصّة بمجرَّد العقد بوصولِ الحقِّ إليه بطريق التقاصّ، ولو كان له دينٌ عليهما تقعُ المقاصَّة بدينِ الموكّل دون دينِ الوكيل، ولو كان له دينٌ على الوكيلِ فقط وقعت المقاصّة به، ويضمنُ الوكيل للموكّل؛ لأنّه قضى دينَه بمالِ الموكّل.
وقال أبو يوسف ﷺ: لا تقعُ المقاصَّة بدينِ الوكيل، بخلافِ ما إذا باعَ مال اليتيم ودفعَ المشتري الثمنَ إلى اليتيم حيث لا تبرأُ ذمَّته بل يجبُ عليه أن يدفعَ الثمن إلى الوصيّ؛ لأنَّ اليتيمَ ليس له قبضُ ماله أصلاً، فلا يكون له الأخذ من المدين، فيكون الدفعُ إليه تضييعاً، فلا يعتدّ به، وبخلافِ الوكيل في الصرفِ إذا صارَفَ وقبضَ الموكّلُ بدلَ الصرفَ حيث يبطلُ الصرفُ ولا يعتدُّ بقبضه. ذكره العَيْنِيُّ(1)، والزَّيْلَعِيّ(2)، وغيرهما ﷺ.
[1]قوله: اعلم أنّ...الخ؛ المقصود وهو الإيرادُ على المصنِّف مع الإيماءِ إلى جوابه، أمّا تقريرُ الإيرادِ فهو أنَّ العقودَ في بابِ الوكالةِ لا تخلو:
إمّا أن تستغني عن ذكرِ الموكّل فيها، أو لا.

---

(1) في «رمز الحقائق»(٢: ١٢٨).
(2) في «التبيين»(٤: ٢٥٨).

....

....

كما أنَّ البيعَ والإجارةَ من القسم الأوَّل فإنّهما مستغنيان عن ذكرِ الموكِّل فيهما.

والنكاح والخلع من القسمِ الثاني، فإنّهما لا يستغنيان عن ذكرِ الموكل فيهما.

والصلحُ يضاف إلى الموكّل سواء كان عن إقرارٍ أو إنكار، ألا ترى أنَّ زيداً إذا ادّعى على عمرو، فوكَّل عمرو وكيلاً على أن يصالحَ على المئة، فيقول زيد: صالحتُ عن دعوى الدار على عمرو بالمئة، ويقبل الوكيل هذا الصلح، يتمُّ الصلحُ سواء كان عن إقرار أو إنكار.

وقد عدَّ المصنِّف ﷺ الصلحَ عن إقرارٍ من القسم الأوّل، وذكر في أفراده، حيث قال: كبيعٍ وإجارةٍ وصلحٍ عن إقرار.

وأمّا تقريرُ الجواب عن هذا الإيراد، فهو: إنَّ الصلحَ عن إقرارٍ في معنى البيع، فهو مضافٌ إلى الوكيل حقيقةً، وإن أضيفَ إلى الموكّل صورةً؛ ولهذا ترجعُ الحقوقُ إلى الوكيل، ويكون عليه التسليم بدل الصلح، والصلحُ عن إنكار فهو فداءُ يمينٍ في حقّ المدَّعى عليه، فلا معنى لإضافته إلى الوكيل؛ لأنَّ الوكيلَ فيه سفيرٌ محضٌ؛ ولذا لا يرجعُ إليه الحقوق.

❊❊❊

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

الأمرُ بشراءِ الطَّعامِ على البُرِّ في دراهمَ كثيرة

باب[1] الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

(الأمرُ بشراءِ الطَّعامِ[2] على البُرِّ في دراهمَ كثيرة

[١]قوله: باب...الخ؛ أفردَ الوكالة بالبيع والوكالة بالشراء بباب على حدة؛ لكثرةِ الاحتياجِ إليها، وقدَّم هذا الباب على سائرِ أبوابِ الوكالة؛ لأنّه أكثر، وأمسّ حاجة، وقدَّم من هذا الباب بحث الشراء؛ لأنّه ينبئ عن إثباتِ الملك، والبيع ينبئ عن إزالته، والإزالةُ بعد الإثبات.

والأصلُ في هذا البابِ أنَّ الجهالةَ إذا كانت تمنعُ الامتثال، ولا يمكن دركها تمنعُ صحَّة الوكالة وإلاَّ فلا، والجهالةُ على ثلاثة أضرب:

الأولى: جهالةٌ فاحشةٌ، وهي الجهالةُ في الجنس، فتمنعُ صحَّة الوكالة، سواءً بيَّنَ الثمنَ أو لا، كما إذا وكّله بشراء ثوب أو دابّة أو نحو ذلك.

والثانية: جهالةٌ يسيرةٌ، وهي ما كانت في النوعِ المحض، كما إذا وكّله بشراء فرسٍ أو حمارٍ أو ثوبٍ هرويّ، أو نحو ذلك، فإنّه يجوز الوكالةُ به، وإن لم يبيِّن الثمن؛ لأنَّ جهالةَ النوعِ لا تخلّ بالمقصود، ويمكن رفعُها بصرف التوكيلِ إلى ما يليقُ بحالِ الموكِّل، حتى إذا وكَّل عاميٌّ رجلاً بشراءِ فرس فاشترى فرساً يصلحُ للملوكِ لا يلزمُه.

والثالثة: جهالةٌ متوسِّطةٌ؛ وهي ما يكون بين الجنسِ والنوع، كما إذا وكَّلَه بشراءِ عبدٍ أو جاريةٍ إن بيَّنَ الثمنَ أو الصفة، بأن قال: تركيّاً أو هنديّاً أو روميّاً صحَّت الوكالة، وإن لم يبيّن الثمن أو الصفة لا يصحّ؛ لأنَّ اختلافَ العبدِ والجواري أكثرُ من اختلافِ سائرِ الأنواع، وعادةُ الناسِ في ذلك مختلفة، فكانت بين الجنسِ والنوع.

وكذا الدارُ الملحقة بالجنسِ من كلِّ وجه؛ لأنّها تختلفُ بقلّة المرافقِ وكثرتها، فإن بيَّن الثمنَ ألحقتْ بجهالةِ النوع، وإن لم يبيّن ألحقت بجهالةِ الجنس، وصرَّح به القاضي خان في «شرح الجامع»[1].

[٢]قوله: الأمرُ بشراء الطعام...الخ؛ صورةُ المسألة: أنّه إن وكَّلَه بشراءِ الطعام،

---

(١) ينظر: «فتح القدير»(٨: ٢٩).

وعلى الخبزِ في قليلة، وعلى الدَّقيقِ في متوسِّطة، وفي متخذٌ الوليمةِ على الخبزِ بكلِّ حال

وعلى الخبزِ في قليلة، وعلى الدَّقيقِ في متوسِّطة، وفي متخذٌ الوليمةِ على الخبزِ بكلِّ حال)، هذه الوكالةُ ينبغي أن تكونَ باطلةً؛ لأنَّ الطَّعامَ يقعُ على كلِّ ما يُطْعَم، فيكونُ جهالةُ جنسِهِ فاحشةً، لكن المتعارفَ في قوله: اشترِ لي طعاماً: أن يرادَ به الحنطة، أو الدَّقيق، أو الخبز.

وقال له: اشترِ لي بهذهِ الدراهمِ طعاماً، ودفعَ الدراهمَ إليه، والطعام يحملُ هاهنا على البُرِّ إن كانت الدَّراهم كثيرة، وعلى الخبزِ إن كانت قليلة، وعلى الدقيقِ إن كانت متوسِّطة، وهذا قولُ الفقيه أبي جعفر ﷺ.

واعلم أنَّ القياسَ كان يقتضي أن يَحِلَّ الطعامُ على كلِّ مطعومٍ اعتباراً بالحقيقة؛ لأنَّ الطعامَ اسمٌ لما يطعم، كما يحملُ عليه في بابِ اليمين، فإنَّه إذا حلف أنَّه لا يأكل طعاماً فأكل فاكهةً يحكمُ بكونه حانثاً، فكذا يحمل هاهنا، وبه قالت الثلاثة، وعليه الفتوى، قال الصدر الشهيد ﷺ. كما صرَّح به العَيْنِيُّ ﷺ[1]، وغيره.

لكن مشايخنا لَمَّا نظروا إلى أنَّ العرفَ حملُ الطعام على الحنطةِ ودقيقها إذا ذكرَ الطعامُ مقروناً بالبيعِ والشراء، ولا عرف في اليمين بالأكل، حكموا هاهنا بأن يحملَ الطعام على الحنطةِ ودقيقها استحساناً، قيل: هذا في عرفِ أهلِ الكوفة، فإنَّ سوقَ الحنطةِ ودقيقها يسمَّى سوقُ الطعام، فأمّا في عرف غيرهم فينصرف إلى شراء كلِّ مطعوم.

وقال بعض مشايخ ما وراءَ النهر: إنَّ الطعامَ في عرفِ ديارنا ما يمكنُ أكله من غير إدام، كاللحمِ المطبوخِ والمشويّ ونحوه، فينصرفُ إليه التوكيل دون الحنطةِ والدقيقِ والخبز.

وقيل: إن كان ثمّة وليمة فيحملُ الطعامُ على الخبز، سواء كانت الدراهمُ قليلةً أو كثيرة، وإلاَّ فعلى الحنطةِ إن كانت الدراهم كثيرة، وعلى الخبزِ إن كانت قليلة، وعلى الدَّقيق إن كانت متوسِّطة، وهذا ما اختاره المصنّف ﷺ، ولا منافاةَ بين ما ذكر في

(١) ينظر: «رمز الحقائق»(٢: ١٢٦). و«مجمع الأنهر»(٢: ٢٢٨)، وغيرهما.

ولا يصحُّ بشراءِ شيءٍ فَحُشَ جَهْلُ جنسه كالرَّقيقِ، والثَّوب، والدَّابَّةَ، وإن بيَّن ثمنَه، إلاَّ إذا ذَكَرَ نوعَ الدَّابَّةِ كالحمارِ

(**ولا يصحُّ**[١] **بشراءِ شيءٍ فَحُشَ جَهْلُ جنسه كالرَّقيقِ، والثَّوب، والدَّابَّةَ، وإن بيَّن ثمنَه**)، اعلم أن كلَّ شيئينِ يتحدُّ حقيقتُهما ومقاصدُهما، فهما من جنسٍ واحد، وإن اختلفتِ الحقيقةُ أو المقاصدُ فهما من جنسين، فإن فَحُشَ جهالةُ الجنسِ بأن قد ذَكَرَ جنساً تحتَهُ أجناس كالرَّقيق فإنَّهُ ينقسمُ إلى ذكرٍ وأُنثى، وهما في بني آدم جنسان؛ لاختلاف المقاصد، ثُمَّ كلٌّ منهما قد يقصدُ منه الجمالِ كما في التُّرْكِي، وقد يقصدُ منه الخدمةُ كما في الهندي، وكذا الثَّوب والدَّابةِ فلا تصحُّ الوكالةُ بشراءِ هذه الأشياءِ وإن بيَّنَ الثَّمن.

(**إلاَّ إذا ذَكَرَ**[٢] **نوعَ الدَّابَّةِ كالحمارِ**): المراد[٣] بالنَّوع هاهنا الجنسُ الأسفلُ في اصطلاح الفقهاء

الاستحسانِ من الأقاويل، فإنّ كلَّها معوَّلٌ على العرف، والعرفُ يختلف في كلّ عصر.

[١]قوله: **ولا يصحّ**...الخ؛ يعني لا يصحُّ التوكيل بشراءِ شيءٍ يشملُ أجناساً فيفحش جهالة جنسه، كالرقيق والثوب والدابّة، فإنّ فيها جهالة فاحشة، فإنَّ الدابَّةَ اسمٌ لما يدبُّ على وجهِ الأرض لغةً، وعرفاً: للخيل والبغل والحمار فقد جمع أجناساً، وكذا الثوب فإنّه يتناولُ الملبوسَ من الأطلسِ إلى الكساء، ولا يقبحُ تسميةُ المهر، وكذا الرقيق، فإنّه شاملٌ للذّكرِ والأنثى المختلفين في بني آدم.

ووجهُ عدم صحّةِ التوكيلِ ظاهرٌ، إذا لم يبيّن الثمن، وكذا إذا بيّن؛ لأنه يتعذّر الامتثالُ لأمرِ الموكّل؛ لأنَّ بذلك الثمنِ يوجدُ من كلِّ جنس، ولا يدري مرادَ الأمر؛ لتفاحش الجهالة، وإذا اشترى الوكيلُ في هذه الصور يقعُ الشراء للوكيل لا للموكّل. صرَّح به في «النهاية»، وغيرها.

[٢]قوله: **إلاَّ إذا ذكر**...الخ؛ يعني إلاَّ إذا ذكر نوع الدابّة كالحمار، فجازَ التوكيل به، وكذا إذا ذكر نوع الثوبِ كالهرويِّ مثلاً، والسرُّ فيه أنَّ مثل هذه الجهالة لا تخلُّ بالمقصود، ويمكن رفعُهُ بصرف التوكيل إلى ما يليق بحال الموكّل كما تقدَّم.

[٣]قوله: **المراد**...الخ؛ اعلم أنّهم قالوا: إنَّ الجنسَ ما يدخلُ تحته أنواع شعائرية، والنوعُ اسمٌ لأحد ما يدخلُ تحت اسمٍ فوقه، وقيل: الجنسُ اسمٌ دالٌّ على كثيرين

أو ثمنُ الدَّارِ والمحلّة

أطلقَ عليه النَّوع ؛ لأنَّه نوعٌ بالنِّسبةِ إلى الأعلى ، ويسمَّى في المنطق نوعاً إضافياً ، (أو ثمنُ الدَّارِ والمحلّة[1])

مختلفين بالشخص ، وقيل : كلُّ اسمٍ منتظمٍ لأشياء نوع باعتبارِ ما فوقه ، وجنس باعتبار ما دونه ، فاحتيج إلى بيان ما هو المراد هاهنا بالنوع ليتَّضح المقصود.

[1]قوله : أو ثمن الدارِ والمحلّة ؛ يعني إن وكّل بشراءِ دارٍ بيَّنَ ثمَنها ومحلّتَها ، فالتوكيلُ جائزٌ ، واختلفوا في هذا المحلّ :

١. وقد جعلَ صاحب «الكنز»(١) الدار كالعبد ، حيث قال : وبشراء عبدٍ أو دار صحَّ إن سمَّى ثمناً. انتهى. وقال الزَّيْلَعِيّ في «شرحه» على «الكنز»(٢) : لأنَّ هذه جهالةٌ متوسِّطةٌ بين الجنس والنوع ، وليست بفاحشة ولا يسيرة ، فإذا بيَّنَ ثمَنه عُلِمَ من أي نوعٍ مقصوده. انتهى.

٢. وجعلها صاحب «الهداية»(٣) كالثوب حيث قال : وكذا الدَّارُ تشمل ما هو في معنى الأجناس ؛ لأنّها تختلفُ اختلافاً فاحشاً ، باختلافِ الأغراضِ والجيران ، والمرافق ، والمحال ، والبلدان ، فيتعذَّر الامتثال ، وإن سمّي ثمَن الدار ووصف جنس الدَّار جاز مَعناهُ نَوْعُه. انتهى.

وقال في «الإصلاح»(٤) : الدارُ ملحقةٌ بالجنسِ من وجهٍ ؛ لأنّها مختلفةٌ ؛ لقلَّةِ المرافق وكثرتِها ، فإن بيَّنَ الثمنَ ألحقت بجهالةِ النوع ، وإن لم يبيّن ألحقت بجهالةِ الجنس ، والمتأخِّرون قالوا في ديارنا : لا يجوز بدون بيان المحلّة ؛ لأنّها تختلف باختلافها. انتهى. وقال في «النهاية» : والمتأخّرون من مشايخنا يقولون في ديارنا : لا يجوز إلاَّ ببيان المحلّة. انتهى.

وقال في «البحر»(٥) : وفي «المعراج» : إنَّ ما في «الهداية»(٦) مخالفٌ لما في الرواية

---

(١) «كنز الدقائق»(ص١٢٤).
(٢) «كنز الدقائق»(٤ : ٢٥٩).
(٣) «الهداية»(٣ : ١٣٩).
(٤) «الإصلاح»(ق١١٥/ب).
(٥) «البحر الرائق»(٧ : ١٥٣).
(٦) «الهداية»(٣ : ١٣٩).

وتصحُّ بشراءِ عُلِمَ جنسُهُ لا صفتُهُ كالشَّاةِ والبقر ، وتصحُّ بشراءِ شيءٍ جُهِلَ جِنْسُهُ من وجهٍ كالعبد، وذُكِرَ نوعُهُ كالتُّركي ، أو ثَمَنٌ عيّنَ نوعاً

الدارُ ممَّا[١] فحشَ جهالةُ جنسِهِ فلا بُدَّ من أن يبيِّن ثمنَها ومحلَّتَها

(**وتصحُّ**[٢] **بشراءِ عُلِمَ جنسُهُ لا صفتُهُ كالشَّاةِ والبقر**)، فإنَّهما جنسٌ واحدٌ لاتّحادِ المقصودِ والمنفعة، فلا احتياجَ إلى بيانِ الصِّفَةِ كالسُّمْنِ والهزال، (**وتصحُّ**[٣] **بشراءِ شيءٍ جُهِلَ جِنْسُهُ من وجهٍ كالعبد، وذُكِرَ نوعُهُ كالتُّركي، أو ثَمَنٌ عيّنَ نوعاً**)

«المبسوط»(١) قال: والمتأخّرون من مشايخنا قالوا في ديارنا لا يجوز إلاَّ ببيان المحلّة. انتهى.

وبه يحصلُ التوفيق، فيحملُ ما في «الهداية»(٢) على ما إذا كانت تختلفُ في تلك الدِّيارِ اختلافاً فاحشاً، وكلامُ غيرِه على ما كانت لا تتفاحش. انتهى ما في «البحر»(٣)، والمصنّف ﷺ اختار فعلَ المتأخِّرين في الدار، فقال: أو بيَّن ثمنَ الدار والمحلَّة، والحاصل أنَّ جهالةَ الدار جهالةُ الجنس عند المتأخِّرين، وجهالةَ النوع عند المتقدّمين، فتحمل عبارةُ كل من «الكنز»(٤) و«الهداية»(٥) على كلٍّ من المذهبين.

[١]قوله: الدار مما...الخ؛ فإنَّ الدارَ تختلفُ بالطولِ والعرض في السِّكَّة والبيوت والمرافق وقرب الماء وبعده، والجيران وغيرها، فكانت بمنْزلة ما يشمل أجناساً، وتختلف باختلاف المحلَّة، فلا بُدَّ من بيان الثمن والمحلّةِ معاً.

[٢]قوله: وتصحّ...الخ؛ يعني إن وكَّلَه بشراءِ شيءٍ علم جنسُه ولم يعلم صفته، كالشاة والبقر، فصحَّ التوكيل؛ لأنَّ الشاةَ والبقرَ جنسٌ واحد؛ لاتّحاد المقصود والشفعة، فلا يحتاجُ في صحَّة التوكيل إلى بيان الصّفة كالسمن والهزال ونحو ذلك.

[٣]قوله: وتصحُّ بشراء...الخ؛ يعني إن وكَّلَه لشراء شيءٍ جنسُه معلومٌ من وجه،

---

(١) «المبسوط»(١٧: ٤٢).

(٢) «الهداية»(٣: ١٣٩).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ١٥٣).

(٤) «كنز الدقائق»(ص١٢٤).

(٥) «الهداية»(٣: ١٣٩).

وبشراءِ عينٍ بدينٍ له على وكيلِه

العبدُ معلومُ الجنسِ[١] من وجهٍ لكن من حيث المنفعةِ والجمال، كأنَّه أجناسٌ مختلفة، فإن بيَّنَ نوعَهُ كالتُّركي تصحُّ الوكالةُ، وكذا إذا بيَّن ثمناً، ويكونُ الثَّمنُ بحيث يعلمُ منه النَّوع.

(وبشراءِ عينٍ[٢] بدينٍ له على وكيلِه)، المرادُ[٣] بالعينِ الشَّيءُ المعيَّن

ومجهولٌ من وجه: كالعبد الذي ذكر نوعه كالتركيّ، أو ثمنُه الذي عيّن نوعاً كألفِ درهمٍ مثلاً، فهذا التوكيل جائز.

[١]قوله: **العبدُ معلومُ الجنس**...الخ؛ تقريره: إنَّ العبدَ باعتبارِ منفعةِ العمل جنسٌ واحدٌ باعتبارِ منفعةِ النظرِ والجمال أجناس مختلفة، فإنَّ الجمالَ منفعةٌ مطلوبةٌ من بني آدم؛ ولهذا جعلَ رؤيةَ الوجهِ من بني آدم كرؤيةِ الكلّ؛ لحصولِ العلمِ بالمقصود، وهو الجمال؛ لكونِهِ مجمع المحاسن.

وباعتبار هذه المنفعةِ يختلفُ التركيِّ والهنديّ والسنديّ والحبشي، فإن بيَّنَ نوعَه كالتركيّ مثلاً تصحُّ الوكالة، وكذا إذا بيَّنَ ثمناً يعلم منه النوع، فإن ذكرَ مثل هذا الثمن كذكر النوعِ في تقليلِ الجهالة، وإن لم يبيِّن شيئاً منهما لم يصحَّ التوكيل ويلحقُ بجهالةِ الجنس؛ لامتناعِ الامتثال.

[٢]قوله: **وبشراء عين**...الخ؛ أي وتصحُّ الوكالةُ بشراءِ شيءٍ معيَّن بدين للموكّل على وكيله.

وصورته: أنَّ ربَّ الدين قال للمديون: اشترِ لي هذا العبد بألفٍ لي عليك، فاشتراه يكون ملكاً للآمر، حتى لو هلكَ في يدِ الوكيلِ يهلك على مالِ الآمر، لا على الوكيل؛ لأنَّ في تعيين المبيع تعيين البائع، وفي تعيين البائع توكيله بقبض دينه من المديون أوّلاً لأجله، ثم بقبضه لنفسه، فلا يوجد تمليك الدين من غير من عليه الدين. كذا في «مجمع الأنهر»(١)، وغيره.

[٣]قوله: **المراد**...الخ؛ لَمَّا كان المتبادرُ من لفظِ العين ما يقابلُ الدين بقرينة أنه ذكره

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٢٢٩).

وفي غيرِ عينٍ إن هلكَ في يدِ الوكيلِ هلكَ عليه، فإن قبضَهُ آمرُهُ فهو له

(وفي غير[١] عينٍ إن هلكَ في يدِ الوكيلِ هلكَ عليه، فإن قبضَهُ آمرُهُ فهو له): أي أمرَه أن يشتري بالألفِ الذي له على المأمور عبداً، ولم يعيِّنِ العبدَ، فاشتراهُ فماتَ في يدِ المأمورِ فهلاكُهُ عليه، ولا يصيرُ للآمر إلاَّ أن يقبضَه[٢]، وهذا عند أبي حنيفةَ ﷺ بناءً على أن[٣] الوكالةَ لم تصحَّ؛ لأنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ تتعيَّنُ في الوكالات، فيكونُ الشِّراءُ مقيَّداً بذلك الدين، فيصيرُ تمليكُ الدَّينِ من غيرِ مَن عليه الدَّين بلا توكيلِ ذلك الغير، وهذا لا يصحُّ بخلاف ما إذا كان العبدُ متعيِّناً، فإنَّ البائعَ يصير حينئذٍ وكيلاً بقبضِ الدَّينِ فيصحُّ تمليكُ الدَّين.

في جنبه، وهو مخالفٌ لما هو المقصود، فاحتيج إلى بيانِ المراد.

[١]قوله: وفي غير...الخ؛ يعني لو قال ربّ الدينِ للمديون: اشترِ لي بألفٍ عليك عبداً، ولم يعيِّنه فهذا التوكيلُ باطل، حتى أنّه لو اشترى الوكيل وهلك في يده فعليه؛ لأنَّ الشراء قد نفذ عليه لا على الموكّل، وإن قبضَه الموكّل فهو له، وهذا مذهبُ الإمام، وقالا: كما هو لازمٌ للموكّلِ في صورة المعيَّن كذلك لازم له هاهنا، سواء قبضَه الموكّل أو لا، وهلاكُ المبيع على الموكّلِ إذا قبضه الوكيل.

[٢]قوله: إلا أن يقبضه؛ أي إلاَّ إذا قبضه الموكّل، وهلكَ في قبضه، فهلاكه عليه لا على الوكيل المأمور.

[٣]قوله: بناءً على أنّ...الخ؛ تقريرُهُ: إنّ الدراهمَ والدنانيرَ تتعيَّن في الوكالات؛ ولهذا لو قيَّدَ الوكالةَ بالعينِ منها أو بالدين منها، ثمَّ هلكَ العين أو أسقطَ الدَّين بأن أبرأ الموكّل الوكيلَ عن الدَّين بطلت الوكالة، فإذا تعيَّنت الدراهمُ والدنانيرُ في الوكالة كان هذا التوكيل تمليك الدين من غير مَن عليه الدين.

وذلك لا يجوز إلاَّ إذا وكّله بقبضه له أن يقبضه لنفسه، وتوكيل المجهولِ لا يجوز، فكان باطلاً، كما إذا كان لزيدٍ على عمرو دين، فاشترى زيدٌ من آخرَ شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو لا يجوز.

أو يكون هذا التوكيل أمراً بصرفِ ما لا يملكه إلاَّ بالقبضِ قبله، وذلك باطل؛ لأنَّ ربَّ الدَّين لا يملكُ دينه حقيقة قبل القبض؛ لأنَّ الديونَ تقضى بأمثالها دون أعيانِها، فكان ما أدّى المديونُ إلى البائعِ أو إلى ربِّ الدَّينِ ملك المديون، وربُّ الدينِ لا

....

وعندهما[1]: إذا قَبَضَ المأمورُ يصيرُ ملكاً للآمر؛ لأنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ لم تتعيَّن فلم يتقيَّدِ التوكيلُ بالدَّين، فصحَّت الوكالةُ، فيكون للآمر.

وجوابُهُ: ما مرَّ[2] أنَّها تتعيَّن في الوكالات[3]، فإنَّه إذا قيَّدَ الوكالةَ بها عيناً كانت أو ديناً، فهلكت أو سقطَ الدَّينُ تبطلُ الوكالة.

يملكُ ما في ذمَّة المديون حقيقة قبل القبض، فكان أمرُ ربِّ الدينِ بالدفع إلى البائع أمراً فيما لا يملكه فكان باطلاً.

وهذا كما إذا قال: أعطِه ما لي عليك مَن شئت، فإنّه باطل؛ لأنّه أمرٌ بصرفِ ما لا يملكه إلاّ بالقبض إلى مَن يختاره المديون بنفسه، بخلاف ما إذا عيَّن الموكِّلُ البائع، فإنَّ التوكيلَ صحيح لازم للآمر؛ لأنّه يصيرُ البائع أوّلاً وكيلاً عنه في القبض ثم يتملَّكُه، وهذا ليس تمليك من غير مَن عليه، وليس أمراً بصرف ما لم يقبض، كما لو وهبَ دينَه على غيره، ووكَّل الموهوب له لقبضه. كذا في شروح «الهداية»(1).

[1]قوله: **وعندهما**...الخ؛ تحريره: إنّ الدراهمَ والدنانيرَ لا تتعيَّنُ في المعاوضات، سواء كانت تلك المعاوضات ديناً أو عيناً؛ ولهذا لو اشترى شيئاً بدراهمَ على المشتري ثمَّ تصادقا أن لا دين لا يبطل الشراء، ويجبُ عليه مثله، فإذا لم تتعيَّن صار الإطلاقُ والتقييد به سواء.

كما في غير الدين، حتى إذا وكَّله بأن يشتري له عبداً ولم يُعيِّن الألف، ولا البائع ولا المبيع، جاز التوكيل، فكذا هذا، فصار كما لو قال: تصدَّق بما لي عليك من الدين على المساكين فإنّه يجوز(2).

[2]قوله: **ما مر**...الخ؛ والجواب عن قياسهما على الأمرِ بالتصدُّق أنّه جعل المالَ لله تعالى، وهو معلوم فصار كتعيين البائع.

[3]قوله: **تتعيَّن في الوكالات**؛ قال في «الكفاية»(3) نقلاً عن «الذخيرة»: قال محمَّد ﷺ في «الزيادات»: رجلٌ قال لغيره اشترِ لي بهذه الألفِ [من] الدراهم جارية، وأراه

---

(1) «العناية» و«الكفاية»(٧: ٥٧ - ٥٨).

(2) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٢٦٧).

(3) «الكفاية»(٧: ٥٥ - ٥٦).

وبشراءِ نفسِ المأمورِ من سيِّدِهِ إن قال: بعني نفسي لفلان، فباع يقع عن الآمر، فإن لم يقل: لفلان عُتِقَ على المولى

(**وبشراءِ نفسِ المأمورِ من سيِّدِهِ إن قال: بعني نفسي لفلان، فباع يقع عن الآمر، فإن لم يقل: لفلان عُتِقَ على المولى**): أي إذا قال رجلٌ[1] لعبدٍ: اشترِ لي نفسَكَ من مولاك، فالعبد إن قال: بعني نفسي لفلان، فباعَ يقعُ عن الآمر، وإن لم يقل لفلان عُتِقَ على المولى.

فإن قيل: الوكيلُ بشراءِ شيءٍ معيَّنٍ إذا اشتراهُ من غيرِ أن يضيفَ إلى الآمرِ يَقَعُ عن الآمر.

قلنا: الوكيلُ قد أتى بتصرُّفٍ من جنسٍ آخر، وهو العتقُ على مال، وفي مثل هذا يقعُ عن الوكيل

الدراهم، ولم يسلِّمها إلى الوكيل، حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيلُ جاريةً بألفِ درهم، لزمَ الموكِّل.

ثم قال: الأصل: إنَّ الدراهمَ والدنانيرَ لا تتعيَّنان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف؛ لأنَّ الوكالات وسيلة إلى الشراء، فيعتبر بنفس الشراء، والدراهم والدنانير لا تتعيّنان فيه قبل التسليم، فكذا فيما هو وسيلة إليه، فأمّا بعد التسليم هل تتعيّن؟ اختلف المشايخ فيه: فبعضهم قالوا: تتعيَّنُ حتى تبطل الوكالة بهلاكِها؛ لأنَّ يدَ الوكيلِ يدُ أمانة، والدراهم والدنانير تتعيَّنان في الأمانات، وعامَّتُهم على أنّها لا تتعيَّن.

وفائدةُ النقدِ والتسليمِ على قولِ عامَّة المشايخ اثنتان:

أحدُهما: إنّه يتوقَّفُ بقاءُ الوكالةِ ببقاءِ الدراهم المنقودة، فإنَّ العرفَ الظاهر فيما بين النَّاسِ أنَّ الموكِّلَ إذا دفع الدَّراهم إلى الوكيلِ يريدُ شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل.

والثانية: قطعُ رجوعِ الوكيلِ على الموكِّل فيما وجبَ للوكيل عليه، وهذا لأنَّ شراءَ الوكيل يوجب دينين، ديناً للبائع على الوكيل، وديناً للوكيل على الموكِّل. انتهى.

[1]قوله: **أي إذا قال رجل...الخ**؛ توضيحه: إنَّ رجلاً إذا قال لعبد: اشترِ لي نفسَكَ من مولاك، فقال العبد لمولاه: بعني نفسي لفلان، فباعَه المولى على هذا الشرط، كان العبدُ ملكاً للآمر، وإن أطلقَ العبد، بأن قال: بعني، ولم يقل لفلانٍ عتق

....

....

وأصلُه: أنَّ العبدَ يصلحُ أن يشتريَ نفسَه لنفسه، ولغيره بطريق الوكالة؛ لأنَّ جواز الشراءِ باعتبار الماليّة، والعبد أجنبيٌّ عن نفسه في حكم الماليَّة؛ إلاَّ أنَّ البائعَ لا يملك حبسَ العبدِ حتى يستوفيَ البدل؛ لأنَّ العبدَ في يدِ نفسِه، فيكون قابضاً لنفسه بمجرَّد العقد، كما أنَّ المودع إذا اشترى الوديعة لا يكونُ للبائع حبسُ البيع؛ لوجود القبض بمجرَّد العقد، سواءٌ اشتراه لنفسه أو لغيره.

وإذا ثبت هذا فنقول: إذا أضاف العقدَ إلى الموكّل كان ملكاً للموكّل، وإذا أضافَ الشراء إلى نفسه بأن قال: بعني نفسي لنفسي، عتق لكونه قابضاً لنفسه بمجرَّد العقد كما تقدَّم آنفاً.

فإن قلت: إنَّ العبد وكيلٌ بشراء شيء معيَّن، فوجب أن لا يجوزَ له شراؤه لنفسه، بل يقع عن الآمر.

قلنا: الوكيل أتى بجنسٍ آخر من التصرُّف؛ لأنَّ بيع العبدِ من نفسه إعتاقٌ على مال، وشراؤه قبول العتق، فيكون مخالفاً، فينفذُ عليه؛ لأنَّ الوكيلَ بشراءِ شيءٍ معيَّنٍ ينفذُ عليه عند المخالفة.

وإن أطلقَ بأن قال: بعني نفسي، ولم يقل: لي ولا لفلان، عتق أيضاً؛ لأنَّ المطلقَ يحتملُ الوجهين، فلا يقع امتثالاً بالشكّ، فيبقى التصرُّفُ واقعاً لنفسه.

فإن قلت: إنَّ البيع حقيقةٌ فيه، والعتق مجازٌ، فينبغي أن يحملَ على الحقيقة عند التردُّد، إذ الحمل على الحقيقةِ هو الأصلُ بالاتّفاق.

قلنا: الأصلُ إنَّ الإنسانَ يتصرُّفُ لنفسِهِ فتعارضَ الأصلانِ فتساقطا، فيرجعُ إلى غرض المولى، فإنّه لّما اختلفَ التصرُّفان، فالظاهرُ أنَّ المولى يريدُ الإعتاق، إذ بيعُ العبدِ من نفسِهِ مطلقاً [إعتاقٌ]، واقتصارُه على إضافتِهِ إلى العبدِ دليلٌ عليه، ولا يرضى بخروجِهِ عن ملكه إلاَّ الحريّة، فيثبتُ له الولاءُ عليه.

ثمَّ الثمنُ هاهنا يكون في ذمَّةِ العبد في الوجهين، دون ذمَّة الآمر، أمّا إذا وقع الشراء له فظاهر، وأمّا إذا وقعَ للآمر؛ فلأنّه هو المباشر للعقد، فيرجعُ إليه الحقوق، فيطالب بالثمن ويرجع به على الآمر.

وفي شـراءِ نفس الآمرِ من سيِّدِهِ بألفٍ دَفَعَ إن قال لسيِّده : اشتريتُهُ لنفسِه ، فباعَهُ عُتِقَ عليه ، فإن لم يَقُلْ لنفسِهِ كان لوكيلِه ، وعليه ثمنُه ، والألفُ لسيِّده

(وفي شراءِ نفس الآمرِ من سيِّدِهِ بألفٍ دَفَعَ إن قال لسيِّده : اشتريتُهُ لنفسِه ، فباعَهُ عُتِقَ عليه ، فإن لم يَقُلْ لنفسِهِ كان لوكيلِه ، وعليه ثمنُه ، والألفُ لسيِّده) : أي قـال عبدٌ[١] لرجلٍ اشترِ لي نفسي من مولاي بألف ، ودَفَعَها إليه ، فقال الوكيلُ : اشـتريتُهُ لنفسِه ، فـباعَه ، يكـونُ إعـتاقاً على مـال ، وإن لم يقـلْ لنفسِهِ كان الشِّراءُ واقعـاً مـن الوكـيل ، فيكونُ الثَّمنُ على المشتري ، وهذه الألفُ للمولى ؛ لأنَّه كسبُ عبده.

فـإن قلـت : العـبد هاهـنا محجـورٌ عليه ، والوكـيل إذا كـان محجـوراً عليه لا ترجعُ الحقوق إليه.

قلنا : إنَّ الحجرَ قد زالَ هاهنا بالعقدِ الذي باشره مقترناً بإذنِ المولى.

ثـمَّ إذا كان الشراءُ للآمرِ فلا بُدَّ من قبولِ العبد ؛ لأنَّه بيع ، فلا ينعقد إلا بالإيجاب والقـبول ، وإن وقـعَ للعبد يكتفـي بقول المولى : بعت ، ولا يحتاج فيه إلى قبول العبد بعد قـوله : بعـني نفسي ؛ لأنَّـه إعـتاق ، فيستبدُّ بـه المـولى ، بـناءً علـى أنَّ الواحدَ يتولَّى طرفي العقد في العتق كالنكاح ، ولا يتولَّى طرفي العقدِ في البيع. كذا في «التبيين»[١] ، وغيره.

[١]قـوله : **أي قـال عـبد...**الخ ؛ توضـيحُهُ : إنَّ عبداً إذا وكَّلَ رجلاً بشراء نفسِهِ من سيِّدِهِ بألـف ، ودفـعَ الألـفَ إلـيه ، فقال الوكيلُ لسيده وقت الشراء : اشتريتُ عبدكَ هذا لنفـسه ، فباعه على هذا ، عُتِقَ ذلك العبد ، وولاؤه كان لمولاه ، وإن قال : اشتريتُه ، ولم يبيِّن أنَّـه اشتراه لنفسه ، كان العبدُ ملكاً للوكيل ، وهو المشتري ، والألف الذي أخذَه من العبدِ ودفعَه إلى المولى كان للمولى في كلتا الصورتين مجَّاناً.

وأصله : إنَّ بيعَ العبدِ من نفسِهِ إعتاقٌ على مال ، وشراءُ العبدِ نفسَه قبول الاعتاق بـبدل ؛ لأنَّ اعتـبارَه بـيعاً حقـيقةً غـيرُ ممكـن ؛ إمَّـا لأنَّ العـبد لـيس بأهـل للملـك ، أو لاستحالةِ أن يملكَ نفسَه ، فجعل مجازاً عن الإعتاق ؛ لوجودِ إزالةِ الملك فيه كالبيع.

(١) «تبيين الحقائق»(٤ : ٢٦٩).

....

....

فإذا اشتراه الوكيلُ للعبد صار معتقاً فيلزمُهُ الولاء، والوكيل بالقبول سفيرٌ ومعبّرٌ عنه فلا ترجعُ الحقوق إليه.

وإذا أطلقَ الوكيل ولم يقيِّد بقوله: لنفسه؛ يقعُ العقد للوكيل؛ لأنَّ ظاهرَ هذا اللفظ للبيع، فلا يَعْدِلُ عنه إلى العتقِ بغير علم المولى، ولعلَّه لا يرضى به لِمَا فيه من لزومِ ولايتِه، وعقلِ جنايتِه، فلا يكون الشراء للعبدِ بخلاف الوكيلِ من غير العبد، حيث يدخلُ في ملك الموكِّل بالشراء، من غير أن يبيِّنَ للمولى أنّه يشتريه لموكِّله؛ لأنَّ حكمَ العقدِ فيه لا يختلف بين أن يكون له أو لموكِّله، إذ الكلُّ بيع، والوكيلُ أصيلٌ فيه في الحالين، حتى تتعلَّق به الحقوقُ في الحالين، فلا يحتاجُ فيه إلى البيان.

وهاهنا أحدُهما إعتاق مُعْقِبٌ للولاء، وتتعلَّقُ به الحقوقُ بالوكيل، والآخرُ بيع، وأحكامه خلافُ العتق، فلا يدلُّ رضاه بأحدهما على الرضاءِ بالآخر، فلا بدَّ من البيان، فإذا لم يبيِّن ثبتَ الملك للوكيل، والألف للمولى؛ لأنّه كسب عبده، وعلى المشتري أو على العبد إذا أعتق ألف مثلها، أو بدل العتق؛ لأنَّ الاداء قد بطل لاستحقاق المولى ما أدّاه بجهةٍ أخرى، وهو أنّه كسب عبده، فكان ملكاً له قبل الشراء، وقبل العتق فلا يصلحُ ملكَه بدلاً عن ملكِه.

ثمَّ إذا لم يبيِّن يرجعُ المولى على الوكيل؛ لأنّه هو العاقد والمالكُ للعبد، فترجعُ الحقوقُ إليه، وإن بيَّنَ أنّه يشتري للعبد، فقد ذكرَ محمَّد ﷺ في «باب الوكالةِ بالعتق» في «كتاب الوكالة»: إنَّ العتقَ يقعُ، والمالُ على العبدِ دون الوكيل.

وذكرَ في «وكالة المأذون والمكاتب» من «كتاب الوكالة»، وفي «وكالة» «الجامع الكبير»: إنَّ العبد يعتقُ والمالُ على الوكيل؛ لأنَّ توكيله بشراء العبدِ للعبد كتوكيلِه بشرائه لغيره، فيطالب ببدله الوكيل.

والصحيح هو الأوّل؛ لأنَّ وكيلَ العبدِ في العتقِ سفيرٌ ومعبِّرٌ، ولفظ البيع يكون مجازاً عن العتق لتعذّرِ اعتبارِ معنى البيع حقيقةً؛ ولهذا لا يستغنى عن إضافته إلى العبدِ الآمر به، فلا تتعلَّق بالوكيل حقوقُه، فيطالبُ الآمرُ كما إذا كان الآمرُ ببيع نفس العبد من العبد هو المولى، حيث يكون الطلبُ بالبدل إلى المولى دون الوكيل. كذا في

فإن قال: اشتريتُ عبداً للآمرِ، فمات، وقال الآمر: بل لنفسك صُدِّقَ الوكيلُ إن كان دَفَعَ الآمرُ الثَّمن، وإلاَّ فالآمر

(فإن قال[1]**: اشتريتُ عبداً للآمرِ، فمات، وقال الآمر: بل لنفسك صُدِّقَ الوكيلُ إن كان دَفَعَ الآمرُ الثَّمن، وإلاَّ فالآمر)**: أي أمرَ رجلاً بشراءِ عبدٍ بألف، فقال الوكيل: قد فعلت، وماتَ العبدُ عندي، وقال الآمر: اشتريتَ لنفسك، فإن دَفَعَ الآمرُ الثَّمَنَ فالقولُ للوكيل، وإن لم يدفعْ، فالقولُ للآمر «التبيين»(١)، وغيره.

[١]قوله: فإن قال...الخ؛ يعني إن قال الوكيل لمن وكَّلَه بشراء عبد: اشتريت لك عبداً فمات ذلك العبد عندي، وقال الموكِّلُ: لا بل اشتريتَه لنفسك، فالقول للوكيل المأمور إن دفعَ الآمر الثمن؛ لأنّه أمين، فالقول للأمين مع اليمين، وإن لم يدفع الآمر الثمن إلى الوكيل، فالقول للموكّل؛ لأنّ الوكيل يدَّعي الثمن على الموكّل وهو ينكر، فالقولُ للمنكر.

واعلم أنَّ المصنِّفَ ﷺ قد أجمل هاهنا إجمالاً غير لائق، وكان عليه أن يفصِّل، فإنَّ في هذه المسألة ثمانية أوجه، والحكم مختلفٌ، فإنَّ الوكيل: إمّا أن يكون مأموراً بشراءِ عبدٍ بعينِه، أو بغيرِ عينه.

وعلى الوجهين: إمّا أن يكون الثمن منقوداً، أو غير منقود.

وعلى كلِّ وجهٍ: إما أن يكون العبدُ حيّاً حين أخبرَ الوكيل بالشراء، أو ميتاً.

فإن كان الوكيلُ مأموراً بشراءِ عبدٍ بعينِه، فإن أخبرَ بشرائه، والعبد حيٌّ قائم، فالقول للمأمور إجماعاً سواءٌ كان الثمنُ منقوداً أو غير منقود؛ لأنّه أخبرَ عن أمرٍ يملك استئنافه بجعل الشراء للموكّل، فإنَّ الوكيل بشراءِ شيءٍ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته، والمخبرُ به في التحقيقِ والثبوتِ يستغني عن الإشهاد، وهذا كما إذا قال لمطلَّقته: راجعتُك وهي في العدّة، وكذَّبَتْهُ، فإنّ القول له.

وإن كان العبدُ ميتاً حين أخبر، فقال: هلكَ عندي بعد الشراء، وأنكرَ الموكّل، فإن كان الثمنُ غيرَ منقود، فالقولُ للموكّل الآمر؛ لأنّه أخبرَ عمَّا لا يملكُ

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٦٨ - ٢٦٩).

....

وعللَّ في «الهداية»[1] فيما إذا لم يدفعِ الآمرُ الثَّمنَ: بأن الوكيلَ أَخبرَ بأمرٍ لا يملك استئنافَه، وفيما إذا دفعَ الثَّمن بأن الوكيلَ أمينٌ يريدُ الخروجَ عن عهدةِ الأمانة

استئنافه؛ لأنَّ الميِّت ليس بمحلٍّ لإنشاء العقد فيه، وغرضُه أن يدَّعي على الموكِّل بالثمن، وهو منكرٌ، فيكون القولُ له، وإن كان الثمنُ منقوداً، فالقولُ للوكيل المأمور مع يمينه؛ لأنَّ الثمنَ كان أمانةً في يده، وقد ادَّعى الخروجَ عن عهدةِ الأمانةِ من الوجهِ الذي أمره به، فيكون القولُ له.

وإن كان العبدُ بغير عينه، فإن كان حيّاً، فقال المأمور: اشتريتُه لك، وقال الآمر: لا بل اشتريتُه لنفسك، فإن كان الثمنُ منقوداً، فالقولُ للمأمور؛ لأنّه مخبرٌ عمَّا يملكُ استئنافه، وإن لم يكن منقوداً فالقولُ للآمرِ عند الإمام، وعندهما: يكون القولُ للمأمور؛ لأنّه أخبرَ عمَّا يملكُ استئنافه، فصحّ، كما في المعيَّن، وله أنّه موضعُ تهمةٍ، بأنّه اشتراهُ لنفسه، فإذا رأى الصفقةَ خاسرةً ألزمها الآمر.

بخلافِ ما إذا كان الثمنُ منقوداً؛ لأنّه أمينٌ فيه، فيقبل قوله في الخروجِ عن العهدة، وفي ضِمنِهِ يكون العبدُ للآمر تَبَعاً، وكم من شيءٍ يثبتُ ضِمْناً وتَبَعاً، وإن لم يثبت قصداً، وبخلافِ ما إذا كان العبدُ معيّناً؛ لأنّه لا يملكُ أن يشتريَه لنفسه كما تقدّم.

والحاصل إنَّ الثمنَ إن كان منقوداً فالقول للمأمورِ مطلقاً، وإن كان غيرَ منقودٍ فإن كان الوكيلُ لا يملك الإنشاءَ بأن يكون العبدُ ميتاً فالقول للآمر، وإن كان يملك الإنشاء، فإن كان في [غير] موضع التهمةِ فالقول للمأمورِ اتّفاقاً، وإن كان في موضعِ التُّهمةِ فالقولُ أيضاً للمأمورِ عندهما، وعنده للآمر، ذكره الزَّيْلَعِيُّ ﷺ[1]، والعَيْنِيُّ ﷺ[2]، وغيرهما.

[1]قوله: وعلل في «الهداية»...الخ؛ قال في «الهداية»[3]: ومَن أمرَ رجلاً بشراء عبدٍ بألفٍ فقال: قد فعلتُ ومات عندي، وقال الآمر: اشتريته لنفسك، فالقولُ قولُ

---

(١) في «تبيين الحقائق»(٤: ٢٦٥ - ٢٦٦).

(٢) في «رمز الحقائق»(٢: ١٢٣).

(٣) «الهداية»(٣: ١٤٢).

وله الرُّجوعُ بالثَّمنِ على الآمرِ دَفَعَهُ إلى بائعِهِ أو لا ، وله حبسُ المبيعِ من آمرِهِ لقبضِ ثمنِه ، وإن لم يدفعْ

أقولُ : كلُّ واحد من التَّعليلينِ شاملٌ للصورتين[١] ، فلا يتمُّ به الفرق ، بل لا بُدَّ من انضمامِ أمرٍ آخر ، وهو أن يكون الوكيل فيما إذا لم يدفعِ الثَّمنَ يدَّعي الثَّمنَ على الآمر ، وهو ينكره ، فالقولُ للمنكر ، وفيما إذا دَفَعَ الثَّمَنَ يدَّعي الآمرُ الثَّمَنَ على المأمورِ وهو يُنْكِرُه ، فالقولُ للمنكر.

(**وله الرُّجوعُ بالثَّمنِ على الآمرِ دَفَعَهُ إلى بائعِهِ أو لا**) : أي للوكيلِ[٢] بالشَّراءِ الرُّجوعُ بالثَّمنِ على الآمرِ إذا فعلَ ما أمره به سواءٌ دفعَ الوكيلُ الثَّمنَ إلى بائعِه ، أو لم يدفعْهُ ، جعلوا هذه المسألةَ مبنيَّة على أنه[٣] يجري بين الوكيلِ والموكِّلِ مبادلةٌ حكميّة ، فيصيرُ الوكيلُ بائعاً من موكِّلِه ، فله مطالبةُ الثَّمن ، وإن لم يَدْفَعْ إلى بائعِه.

وله حبسُ المبيعِ[٤] **من آمرِهِ لقبضِ ثمنِه ، وإن لم يدفعْ**) : بناءً على ما ذَكَرْنا من المبادلةِ الحكميّة

الآمر ، فإن وقع إليه الألف ، فالقولُ قولُ المأمور ؛ لأنَّ في الوجه الأوّل أخبرَ عمَّا لا يملك استئنافه ، وهو الرجوعُ بالثمن على الآمر ، وهو ينكر ، والقول للمنكر ، وفي الوجه الثاني هو أمينٌ يريد الخروجَ عن عهدة الأمانة ، فيقبل قوله. انتهى.

[١]قوله : **شاملٌ للصورتين** ؛ لا يخفى عليك أنَّ التعليلَ الثاني لا يشملُ صورةَ عدمِ دفعِ الثمن ؛ لأنّه لا ثمنَ في يد الوكيلِ حتى يكون أميناً.

[٢]قوله : **أي للوكيل**...الخ ؛ يعني أنَّ الوكيلَ له طلبُ الثمن من موكّله إذا اشترى وقبض المبيع ، سواء دفع الوكيلُ الثمنَ إلى بائعِه أو لا.

[٣]قوله : **مبنيّةٌ على أنّه**...الخ ؛ ولهذا لو اختلفا في الثمنِ يتحالفان ، ويردُّ الموكّل على الوكيل بالعيب ، فيصير الوكيلُ بائعاً من موكّله حكماً ، فيطلب الثمنَ من موكّله ، سواءً دفعه إلى بائعه أو لا.

[٤]قوله : **وله حبس المبيع**...الخ ؛ أي للوكيل بالشراء حبس [ما] اشتراه من موكّله ؛ لأنه يقبضَ ثمنَ المبيع ، وإن لم يدفع الثمن إلى بائعه لما عرفت من أنَّ المبادلةَ الحكمية تجري بينهما.

فإن هَلَكَ في يدِهِ قبلَ حبسِهِ منه هَلَكَ على الآمر ولم يسقطْ ثمنُه، وبعد حَبْسِهِ منه سَقَط

(**فإن هَلَكَ في يدِهِ**[1] **قبلَ حبسِهِ منه هَلَكَ على الآمر ولم يسقطْ ثمنُه، وبعد حَبْسِهِ منه سَقَط**)، فإنَّهُ إذا حبسَهُ عن الآمرِ لقبضِ الثَّمن، فهلكَ في يدِ الوكيلِ يكونُ مضموناً على الوكيل، ثم اختلف فيه: فعند أبي يوسفَ ﷺ يَضْمَنُ ضمانَ الرَّهن، وعند محمَّدٍ ﷺ وهو قولُ أبي حنيفةَ ﷺ يَضْمَنُ ضمانَ المبيع، فما ذُكِرَ في «المتن» من سقوطِ الثَّمنِ إشارةٌ إلى هذا المذهب، وعند زُفَرَ ﷺ يَضْمَنُ ضمانَ الغصبِ إذ عنده ليس له حقُّ الحبس.

فإن كان الثَّمنُ مساوياً للقيمة فلا اختلاف، وإن كان الثَّمنُ عشرة، والقيمةُ خمسةَ عشر، فعند زُفَرَ ﷺ يَضْمَنُ خمسةَ عشر، وعند الباقينَ يَضْمَنُ عشرة، وإن كان بالعكسِ فعند زُفَرَ ﷺ يَضْمَنُ عشرة، فيطالبُ الخمسة من الموكِّل

وقال زفر ﷺ: ليس له الحبس؛ لأنَّ الوكيلَ نائبٌ عن موكِّله، فتقومُ يدُه مقامَ يدِ الموكِّل، ويكون قبضُهُ قبضَ الموكِّل، ولا يحبسُ المبيعَ بعد القبض؛ لأنَّ المبيعَ أمانةٌ في يده، وليس للأمينِ حبسُ الأمانةِ بدينٍ له على صاحبها.

قلنا: إنَّ الموكِّلَ قد ملكَ المبيعَ بعقدٍ باشرَه الوكيل، ببدل استوجبَه عليه، وهذا معنى البيع فيحبسُه به، كما لو باعه إيّاه حقيقة، وقد تقدَّم أن بينهما مبادلة حكميّة؛ ولهذا يردُّه الموكِّلُ عن الوكيلِ بعيب، ويجري التحالفُ بينهما عند الاختلافِ في الثمن، وهذا من خصائصِ البيع، فكذا هذا، ولا نُسلِّمُ أنَّ قبضَهُ قبضُ الموكِّل، بل قبضُه يجوز أن يكون لإحياء حقِّ نفسه، ويجوز أن يكون بتتميمِ مقصودِ الموكِّل.

فيتبيَّن في الآخرةِ بحبسِهِ أنَّ القبض كان لحقِّه، وبعدم الحبس كان للموكِّل، وقبل ذلك الأمر موقوف، فلا يحكمُ عليه بشيء؛ ولأنَّ هذا القبض لا يمكنُ التحرُّزُ عنه، إذ لا يقدرُ على القبض على وجهٍ لا يصيرُ الموكِّلُ به قابضاً، وما لا يمكن التحرُّزُ عنه يكون عفواً، فلا يسقطُ به حقُّهُ من غير رضاه، وفي سقوطِه ضررٌ عليه. هكذا قالوا[1].

[1]قوله: **فإن هلك في يده**...الخ؛ يعني أنّ المشترى إن هلكَ في يد الوكيل قبل أن

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٢٦١).

وليس للوكيلِ بشراءِ عينٍ شراؤُهُ لنفسِه

وكذا عند أبي يوسف ﷺ؛ لأنَّ الرَّهنَ يُضْمَنُ بأقلٍّ من قيمتِهِ ومن الدَّين، وعند محمَّدٍ ﷺ يكونُ مضموناً بالثَّمن، وهو خمسةَ عشر.

(وليس للوكيلِ[1] بشراءِ عينٍ شراؤُهُ لنفسِه

يحبسَه من موكّله يهلكُ على مالِ الموكّل لا الوكيل، ولا يسقط ثمن المبيع عن الموكّل، فيرجعُ الوكيل عليه؛ لأنَّ يده كيدِ الموكّل، فإذا لم يحبس يصيرُ الموكّلُ قابضاً بيده.

وإن هلكَ المشترَى في يدِ الوكيل بعد حبسِهِ إيَّاه سقطَ الثمنُ عند الطرفين؛ لأنّه بمنْزلة البائع منه، وكان حبسُهُ لاستيفاء الثمن، فيسقطُ بهلاكه، وعند أبي يوسف ﷺ، هو كالرَّهن فيكونُ مضموناً بالأقلّ من قيمته ومن الدين؛ لأنّه مضمونٌ بالحبسِ للاستيفاء بعد أن لم يكن مضموناً به، وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع؛ لأنَّ البيع ينفسخُ بهلاكه، وهاهنا لا ينفسخُ أصل العقد.

قلنا: إنَّ بينهما مبادلةٌ حكميّة، كما بيّناه سابقاً، فيكون معتبراً بالمبادلة، وهو البيع، ولا نُسلِّمُ أنَّ العقدَ لا ينفسخُ بل ينفسخُ بينهما، وإن لم ينفسخْ في حقِّ البائع كما لو رضي الوكيلُ بالعيب ولم يرضَ به الموكّلُ ينفسخ العقدُ بينهما، وإن لم ينفسخْ في حقِّ البائع، والدليلُ على أنّه ليس كالرهنِ أنّه يثبتُ في النصفِ الشائع، والحبسُ بحكمِ الرهنِ لا يثبت فيه.

وعند أبي يوسف ﷺ يهلكُ بالأقلِّ من قيمتِهِ ومن الثمن، حتى لو كان الثمنُ أكثرَ من قيمته رجعَ الوكيلُ بذلك الفضلِ على موكّله، وعند زفر ﷺ يضمنُ جميعَ قيمته؛ لأنّه ليس له أن يحبسَه عنده، فبالحبس يكون متعدّياً كالمودِع الذي يمنعُ الوديعةَ عن صاحبها، وإذا تأمّلت فيما قرّرناه سابقاً ظهر لك الجوابُ عمّا استدلّ به زفر ﷺ[1].

[1]قوله: وليس للوكيل...الخ؛ يعني من وكّله رجلٌ بشراءِ شيءٍ معيَّنٍ فليس له أن يشتريَه لنفسه، سواء نوى عند العقدِ الشراء لنفسه، أو صرَّح بالشراء لنفسه، بأن قال: اشهدوا أنّي قد اشتريتُ هذا الشيء لنفسي، وهذا إذا كان الموكّلُ غائباً، فإن كان حاضراً وصرَّحَ الوكيلُ بالشراءِ لنفسِهِ يصيرُ مشترياً لنفسه.

(1) ينظر: «البحر الرائق»(٧: ١٥٧).

فلو شَرَى بخلافِ جنسِ ثَمَنٍ سُمِّي، أو بغيرِ النُّقُود، أو غيرِهِ بأمرِهِ بغيبتِهِ وقعَ له، وبحضرتِهِ لآمره.

فلو شَرَى[1] **بخلافِ جنسِ ثَمَنٍ سُمِّي، أو بغيرِ النُّقُود، أو غيرِهِ بأمرِهِ بغيبتِهِ وقعَ له، وبحضرتِهِ لآمره)** : أي إن وُكلَ بشراءِ شيءٍ معيّن، فالوكيلُ إن لم يخالفْ أمرَ الموكّل، فالمشترى للموكّل وإن خالفَ فللوكيل، فالموكّلُ إن سمَّى الثَّمن، فالوكيلُ إن اشترى بخلافِ ذلك الجنس كان مخالفةً، وإن لم يسمِّ الثَّمن

والوجه في ذلك: إنَّ في شرائهِ لنفسه عزلُ نفسه عن الوكالة، وهو لا يملكُ عزل نفسه حين غيبوبة الموكّل، فلو كان الموكّلُ حاضراً وصرَّحَ بأنّه يشتريه لنفسه، كان المشترى له؛ لأنَّ له أن يعزلَ نفسَه بحضرةِ الموكّل، وليس له أن يعزلَ نفسه من غير علمِه؛ لأنَّ فيه تعزيراً له.

بخلاف ما إذا وكَّله أن يزوِّجه امرأةً معيَّنةً، حيث جازَ له أن يتزوَّج بها؛ لأنَّ النكاحَ الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره؛ لأنَّ الدَّاخلَ تحت الوكالةِ نكاحٌ مضافٌ إلى الموكّل، فكان مخالفاً بإضافته لنفسه، فانعزل، وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها مطلقٌ غيرُ مقيَّدٍ بالإضافةِ إلى أحد، فكلُّ شيءٍ أتى به لا يكون مخالفاً به. صرَّح به في «الرمز»(1)، وغيره.

[1] قوله: **فلو شرى...الخ**؛ يعني لو اشترى الوكيل ذلك العين بخلافِ جنس ثمن مسمَّى من الموكّل له، أو اشتراه بغير النقود، بأن اشتراهُ بالعرض أو بالحيوان، وقعَ الشراءُ للوكيل؛ لأنّه خالف أمره فنفذَ عليه، وظاهرُ قوله: بخلافِ جنسِ ثمنٍ سُمِّي؛ يقتضي أن لا يكون مخالفاً بما إذا سمَّى له ثمناً، فزاد عليه أو نقص عنه.

لكن ظاهر ما في «الكافي» للحاكم: إنّه يكون مخالفاً فيما إذا زاد لا فيما إذا نقص عنه، [لأنه] قال: وإن سمَّى ثمناً فزادَ عليه شيئاً لم يلزم الآمر، وكذلك إن نقصَ من ذلك الثمنِ [إلا] أن لا يكون له وصفٌ بصفة، وسمّى له ثمناً، فاشترى بتلك الصفة بأقلّ من ذلك الثمن، فيجوزُ على الآمر.

وكذا يقعُ الشراءُ للوكيلِ إن أمرَ الوكيلُ غيرَه فشراهُ الغير، وهو الوكيلُ الثاني

---

(1) «رمز الحقائق»(٢ : ١٢٣).

وفي غيرِ عينٍ هو للوكيل، إلاَّ إذا أضافَ العقدَ إلى مالِ آمرِه، أو أطلقَ ونوى له

فإن اشترى بغيرِ النُّقود، كان مخالفةً[1]؛ لأنَّ المتعارفَ هو الشِّراءُ بالنُّقود، والمعروفُ عرفاً كالمشروطِ شرطاً، وإن اشترى غيرُ الوكيلِ بأمرِه، لكن بغيبتِهِ يكونُ مخالفةً، وإن كان بحضرتِهِ لا يكونُ مخالفةً؛ لأنَّهُ حضر رأيه

(**وفي غيرِ عينٍ[2] هو للوكيل، إلاَّ إذا أضافَ العقدَ إلى مالِ آمرِه، أو أطلقَ ونوى له**): أي قال الوكيلُ: اشتريتُ بهذا الألف، والألفُ ملكُ الموكِّل، أو أطلق: أي قال: اشترى بألفٍ مطلقٍ من غيرِ أن يقيِّدَ بألف هو ملك الموكِّلِ لكن نَوَى الشّراء للآمر يكونُ للآمر.

بغيبةِ الوكيلِ الأوّل، لمخالفةِ أمرِ الآمر؛ لأنّه مأمورٌ بأن يحضُرَ رأيُهُ ولم يتحقّق ذلك في حال غيبتِه. وإن اشتراه الوكيلُ بحضرةِ الوكيلِ الأوّل، فشراؤه يقعُ للموكِّل؛ لأنّه يحضرُ رأيُهُ حينئذٍ، فلا يكون مخالفاً، بخلافِ الوكيل بالطلاق والعتاق، إذا وكَّل غيرَه، فطلَّقَ الثاني أو أعتقَ بحضرة الأوَّل، حيث لا ينفُذ، وإن حضرَ رأيُه. صرَّح به في «مجمع الأنهر»(1)، وغيره.

والسرُّ فيه: إنَّ الوكيلَ في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرّفُ من عنده لشيء بل يبلغُ الرسالة، فإذا تصرَّف فقد خالف، فلا ينفذ، والوكيل في البيع والشراء بمنْزلة المالك، وهو أصيلٌ فيه، فله أن يتصرّف؛ ولهذا لو فعل ذلك غيره من غير توكيلٍ منه فأجازَهُ الوكيلُ جاز، وفي الطلاق والعتاق لم يجز. كما صرَّحوا به.

[1] قوله: مخالفة؛ في أكثرِ النسخ بصيغةِ اسم الفاعل مضافةً إلى الضمير الرَّاجع إلى الآمر، فمعناه حينئذٍ أنَّ الوكيلَ يكون مخالفاً للآمر، وفي بعض النسخ بصيغة المصدر، فمعناه أن يكون ذلك الشراءُ بخلافِ ذلك الجنس مخالفةً بما أمره الآمر.

[2] قوله: وفي غير عين...الخ؛ حاصله: إنّه لو وكَّله بشراءِ عبدٍ غيرِ معيَّنٍ مثلاً، فاشترى الوكيلُ عبداً فهو للوكيل، إلاَّ إذا قال: نويتُ الشراء للموكِّل، أو اشتراه بماله، وهذه المسألة على وجوه؛ لأنَّ الوكيل: إمّا أن يضيفَ العقدَ إلى ثمنٍ معيَّنٍ أو إلى مطلقِ الثّمن.

---

(1) «مجمع الأنهر»(٢: ٢٣٢).

....

....

فإن أضافه إلى ثمنٍ معيَّن كان الشراء لصاحبِ ذلك الثمن ؛ لأنَّ الظاهرَ أنّه يضيفُ الشراءَ إلى مالِ مَن يشتريه له ، وهذا لأنَّ الثمنَ وإن كان لا يتعيَّن ، لكن فيه شبهةُ التعيُّنِ من حيث سلامة المبيعِ به وتعيُّنُ قدرِهِ ووصفِه ؛ ولهذا لا يطيبُ له الربحُ إذا اشترى بالدراهم المغصوبةِ ودينُهُ يمنعُهُ من أن يشتريَه لنفسِه بإضافةِ العقدِ إلى مالِ غيره ؛ لأنَّ ذلك مستنكرٌ شرعاً وعادةً فلا يرتكبُه.

وقد جرى العرفُ فيما إذا اشترى لنفسِهِ أن يضيفَ العقد إلى ماله ، وهو ليس بمستنكرٍ شرعاً وعرفاً ، فيكون المشترى لمالك ذلك الثمن ، وإن نوى خلافَ ذلك جرياً على مقتضى العرف والشرع ، ثمَّ إذا نقدَ من مال الموكِّل فيما اشتراه لنفسه يجبُ عليه الضمان.

وإن أضافَه إلى ثمنٍ مطلق ، فلا يخلو : إمّا أن يكون حالاً أو مؤجّلاً.

فإن كان حالا فلا يخلو : إمّا أن يتصادقا على وجود النيّة لأحدهما ، أو على عدمها ، أو يختلفا فيه.

فإن كان الثمنُ حالاً واتَّفقا على وجودِ النيَّة لأحدهما كان لِمَن نوى له ؛ لأنَّ الثابتَ باتِّفاقهما كالثابت عياناً ، واتّفاقهما حجَّة عليهما ، ولا يلتفتُ إلى النقد ، ولا عبرةَ به في هذه الحالة ؛ لأنَّ له أن يشتريَ لنفسه وللموكِّل ، فإذا عيَّنه بنيّةٍ فقد تعيَّن ، ويكون بالنقد من مالِ الموكِّل غاصباً فيما إذا نواه لنفسِه.

وإن اختلفا في النيّة يُحكَّمُ النقدُ بالإجماع ؛ لأنَّ دلالتَه على التعيين مثلُ دلالتِه إضافةَ الشراء إليه ؛ لأنَّ الظاهر أن يفعلَ ما يجوز له شرعاً ، أو يجري على عوائده.

وإن اتَّفقا على أنّه [لم] تحضُرْه النيّة ، فعند محمّد ﷺ هو للعاقد ؛ لأنّ ما يطلقه الإنسانُ من التصرُّفات يكون لنفسه ، فصار كالمأمورِ بالحجّ إذا أطلق ولم ينوِ أنّه للمحجوج عنه ، وعند أبي يوسفَ يُحكَّمُ النقد ؛ لأنَّ المطلقَ يحتمل ، فبقي موقوفاً ، فمن أيِّ المالين نقدَ فقد عيَّنَ المحتمل به ، فصار كحالةِ التكاذب.

بخلافِ المأمور بالحجّ ، فإنّ الحجَّ عبادةٌ ، وهو لا يتأدَّى إلاَّ بالنيّة ، فكان مأموراً بأن ينويَ الحجَّ عن المحجوجِ عنه ، فإذا لم يفعل كان مخالفاً ، وأمَّا المعاملات فالنِّيةُ ليست

ويبطلُ الصَّرْفُ والسَّلَمُ بمفارقةِ الوكيلِ دون آمرِه

(ويبطلُ[١] الصَّرْفُ والسَّلَمُ بمفارقةِ الوكيلِ[٢] دون آمرِه)

بشرطٍ فيها، فلا يصيرُ بتركها مخالفاً، فيبقى الحكمُ موقوفاً على النقد. هكذا ذكروا(١).

وأمّا قول الإمام ففي «المنح»(٢): قولُ الإمام فيما ذكره العراقيّون مع محمَّد ﷺ، وغيرهم ذكروه مع الثاني. انتهى.

[١]قوله: **ويبطل**...الخ؛ يعني يعتبرُ في السَّلَم والصرف مفارقةُ الوكيل لا الموكّل، فيبطلُ عقدُهما بمفارقة الوكيل صاحبه قبل القبض؛ لوجود الافتراق من غير قبض، ولا يبطلُ بمفارقة الموكّل، إذ القبضُ للعاقد، وهو ليس بعاقد، وما قيل: من أنّه إذا حضرَ الموكّلُ مجلسَ العقدِ لا يعتبرُ مفارقةُ الوكيل ضعيف؛ لكون الوكيل أصلاً في الحقوق في البيع مطلقاً. كما في «البحر»(٣).

والتفصيل: إنّ المستحقَّ في الصرفِ والسلم قبضُ العاقد، والعاقدُ هو الوكيل، فيشترطُ قبضُه، وإن كان لا يتعلَّقُ به الحقوق؛ كالصبيِّ والعبدِ المحجور عليه؛ لأنّ قبضَه وتسليمَه صحيح، وإن لم يتوجَّه عليه المطالبة، ففي حكم صحَّةِ التقابضِ هو كوكيلٍ تعلَّق به حقوق العقد، فإذا قبضَ الوكيلُ تمَّ العقد؛ لوجود شرطه، وإن فارقَه قبل القبضِ بطلَ شرطُه، وإن فارقَه الموكّلُ قبل القبضِ لا يبطل؛ لأنّه ليس بعاقد.

بخلاف الرسول فيهما؛ لأنَّ الرسالةَ حصلت في العقد لا في القبض، وكلامُ الرسولِ ينتقلُ إلى المرسل فيكون العاقد هو المرسل، فيكون قبضُ الرسولِ قبضَ غير العاقد فلا يجوز.

وقال في «النهاية»: هذا إذا كان الموكّلُ غائباً من مجلس العقد، وأمّا إذا كان حاضراً في مجلسِ العقدِ يصير كأنَّ الموكّلَ صارفٌ بنفسه، فلا تعتبرُ مفارقةُ الوكيلِ، وعزاه إلى خُوَاهَرْ زَادَه، وهذا مشكلٌ، فإنَّ الوكيلَ أصيلٌ في «باب البيع» حضرَ الموكّلُ في مجلسِ العقدِ أو لم يحضر. كذا في «التبيين»(٤).

[٢]قوله: **بمفارقة الوكيل**؛ قيِّد بالوكيل؛ لأنَّ الرسولَ فيهما لا يعتبرُ مفارقتُه؛

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٢٦٤).

(٢) «منح الغفار»(ق١٤٦/أ).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ١٥٨)، وينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٢٣٣).

(٤) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٦٢).

فإن قال: بعني هذا لزيد، فباعَه، ثُمَّ أنكرَ الأمرَ أخذَهُ زيدٌ، فإن صَدَّقَهُ لا يأخذُهُ جبراً، ومَن وُكِّلَ بشراءِ مَنٍّ لحمٍ بدرهم، فشرى مَنَوين بدرهمٍ مِمَّا يُباعُ مَنٌّ بدرهمٍ لَزِمَ موكِّلُهُ مَنٌّ بنصف دِرْهَم

صورةُ السَّلَم: أن يوكِّلَ رجلاً بأن يشتري له كُرَّ بُرٍّ بعقدِ السَّلَم، وليس المرادُ التَّوكيلَ ببيع الكُرِّ بعقدِ السَّلَم؛ لأنَّ هذا لا يجوزُ إذ الوكيلُ يبيعُ طعاماً في ذمَّتِهِ على أن يكونَ الثَّمَنُ لغيرِه، ولا نظيرَ له في الشَّرع، وإنَّما يعتبرُ مفارقةُ الوكيل؛ لأنَّ العاقدَ هو الوكيل.

(**فإن قال: بعني هذا لزيد، فباعَه، ثُمَّ أنكرَ الأمرَ**): أي أنكرَ المشتري أن زيداً أمره بالشِّراء، (**أخذَهُ زيدٌ**)؛ لأنَّ قولَهُ[١]: بعني لزيد إقرارٌ بتوكيلِه؛ لأنَّ هذا البيعَ إنَّما يكونُ لزيدٍ إذا أمر زيدٌ به، فلا يُصَدَّقُ في إنكاره أمرَه، (**فإن صَدَّقَهُ لا يأخذُهُ جبراً**): أي إن صَدَّقَ زيدٌ المشترى أنَّه لم يأمرْهُ لا يأخذُهُ جبراً؛ لأنَّ إقرارَ المشتري ارتدَّ بردِّه، وإنَّما قال جبراً؛ لأن المشتري إن سلَّمَهُ إلى زيدٍ يكون بيعاً بالتَّعاطي، فالتَّسليمُ على وجهِ البيعِ يكفي للتَّعاطي، وإن لم يوجد نقد الثمن.

(**ومَن وُكِّلَ**[٢] **بشراءِ مَنٍّ لحمٍ بدرهم، فشرى مَنَوين بدرهمٍ مِمَّا يُباعُ مَنٌّ بدرهمٍ لَزِمَ موكِّلُهُ مَنٌّ بنصف دِرْهَم**)، هذا عند أبي حنيفة ﷺ، وعندهما[٣]: يلزمُهُ مَنَوان بدرهم

لأنَّ الرسالةَ في العقدِ لا في القبض، وينتقلُ كلامُه إلى المرسل، فصار قبضُ الرسولِ قبضُ غيرِ العاقدِ فلم يصحّ. كما في «مجمع الأنهر»(١).

[١]قوله: **لأنَّ قوله**...الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ قول المشتري: بعني لزيد، إقرارٌ منه بالوكالة، فلا يلتفت إلى إنكاره للتناقض.

[٢]قوله: **ومَن وُكل**...الخ؛ يعني مَن وكَّله بشراءِ مَنٍّ واحدٍ من اللَّحم بدرهم واحد، فاشترى الوكيلُ منوين من اللَّحم بدرهم مِمَّا يباعُ منه من بدرهم، لزمَ الموكِّل منه مَنٌّ واحدٌ بنصف درهم.

[٣]قوله: **وعندهما يلزمه**...الخ؛ وبه قالت الثَّلاثة، وذكر في بعض نسخ «مختصر

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٢٣٣).

....

لأنَّ الموكِّلَ[١] أمرَهُ بصرفِ الدِّرهمِ إلى اللحمِ، فصرفَ وزادَه خيراً، وله[٢]: أنَّه أمرَهُ بشراءِ مَنٍّ لا بشراءِ الزِّيادة، وإنَّما قال: مِمَّا يباعُ مَنٌّ بدرهم؛ حتَّى لو اشترى لحماً لا يباعُ مَنٌّ بدرهم، بل بأقلَّ يكونُ الشِّراءُ واقعاً للوكيل؛ لأنَّ الآمرَ أمرَهُ بشراءِ لحمٍ يساوي مَنٌّ منه بدرهمٍ لا بأقلّ.

القدوري»: قول محمَّد ﷺ مع قولِ أبي حنيفةَ ﷺ، ومحمَّد ﷺ لم يذكرْ الخلافَ في «المبسوط»(١)، في آخر «باب الوكالةِ بالبيع والشراء»، حيث قال فيه: لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم، والباقي للمأمور. كذا في «العناية»(٢).

[١]قوله: لأنَّ الموكِّل...الخ؛ تقريرُهُ: إنَّ الموكِّلَ أمرَ الوكيل في هذه الصورة بصرفِ الدرهمِ في اللَّحم، وظنَّ الموكِّلُ أن سعر اللَّحم مَنّ، فإذا اشترى الوكيل بدرهمٍ مَنَوين فقد زادَه خيراً، كما إذا وكَّله ببيعِ عبدِهِ بألفٍ فباعَه بألفين، فالحاصلُ أنَّ هذا خلافٌ إلى خير، فإنّ الأمرَ متناولٌ، كما يساوي مَنٌّ منه درهماً بدرهم.

[٢]قوله: وله...الخ؛ يعني لأبي حنيفة ﷺ: إنَّ الموكِّلَ أمرَ الوكيلَ بشراءِ مَنّ، وهو قدرٌ مسمَّى، ولم يأمرْه بشراءِ أكثر منه، فينفذُ شراءُ الزيادةِ على الوكيل؛ للمخالفة، وشراءُ مَنٍّ على الموكِّل؛ لأنَّه أتى بالمأمورِ بخلاف ما استشهد به، قال: الزائد فيه بدلُ ملكه، فيكون له.

ويردُ عليه: إنَّ الدرهمَ ملك الموكِّل، فتكون الزيادةُ ملكه، فلا فرقَ بينهما حينئذٍ.

وقد أجيبَ: بأنَّ الزيادةَ ثمَّةَ مبدلٌ منه لا بدل، فكان الفرقُ ظاهراً، والحاصلُ: إنَّ ذلك قياسُ المبيع على الثمن، وهو فاسد؛ لوجودِ الفارق، وأصلُ ذلك: إنَّ الألفَ الزائدَ لا يفسد بطولِ المكث، بخلاف اللَّحم، ويجوز صرفها إلى حاجةٍ أخرى ناجزة، وقد يتعذَّرُ ذلك في اللَّحم فيتلف. هكذا قالوا(٣).

---

(١) «المبسوط»(١٩: ٦٥).

(٢) «العناية»(٨: ٤٢).

(٣) ينظر: «العناية»(٨: ٤٤).

فإن أمرَه بشراءِ عبدينِ عُيِّنَيْنِ بلا ذِكْرِ ثَمَن ، فشرى أحدَهما ، أو بشرائهما بألفٍ وقيمتُهُما سواء ، فشرى أحدَهما بنصفِه ، أو بأقلَّ صحَّ وبالأكثرِ لا ، إلاَّ إذا شرى الآخرَ بباقي الثَّمنِ قبلَ الخصومةِ

(فإن أمرَه بشراءِ عبدينِ عُيِّنَيْنِ بلا ذِكْرِ ثَمَن ، فشرى أحدَهما ، أو بشرائهما بألفٍ وقيمتُهُما سواء ، فشرى أحدَهما بنصفِه ، أو بأقلَّ صحَّ وبالأكثرِ لا ، إلاَّ إذا شرى الآخرَ بباقي الثَّمنِ قبلَ الخصومةِ) : أي إذا أُمِرَ[1] بشراء عبدين

[1]قوله : أي إذا أمرَ بشراءِ...الخ ؛ تقريرُ المسألة : إنَّ الموكِّلَ إذا وَكَّل الوكيلَ بشراءِ عبدينِ معيَّنين فلا يخلو : إمّا أن يذكرَ الثمن أو لا.

فإن لم يذكرْ ثمنَها فشرى المأمورُ للآمر أحدَ العبدين فصحَّ هذا الشراء ، ويقعُ عن الآمر ، سواء اشتراهُ بقيمتِه أو بنقصان ؛ لأنَّ التوكيلَ مطلقٌ غيرُ مقيَّدٍ بثمن مقدّر ، وقد لا يتَّفقُ الجمع بينهما ، فيجوز أن يشتريَ كلُّ واحدٍ منهما بقدرِ قيمتِه من الثمنِ أو أقلَّ أو بزيادة يتغابنُ الناس في مثلِه ، وليس له أن يشتريَ بما لا يتغابنُ الناس بمثله ، وهو الغبن الفاحش ؛ لأنَّ التوكيلَ بالشراء بالمتعارف ، والمتعارف فيما لا يتغابنُ الناس فيه ؛ فلهذا لا يجوزُ للوكيل أن يشتريَ بغبن فاحش بالإجماع.

ولو ذكرَ ثمنَهما بأن قال : اشترِ لي عبدين بألف ، فقيمتُهما سواء ، فشرى المأمورُ للآمرِ أحدَهما بنصف ألفٍ أو بأقلَّ من نصفِ الألفِ جازَ الشراء ، ووقع عن الآمر ؛ لأنّه قابلَ الألف بهذين العبدين ، فقيمتُهما سواء ، فينقسم بينهما نصفين دلالة ، فيكون أمراً بشراءِ كلِّ واحدٍ بخمسمئةٍ ضرورةً ، فالشراءُ بخمسمئةٍ موافقةً ، وبأقلَّ منها مخالفةً إلى خير ، فيقع عن الآمر.

وإن اشترى بأكثرَ من نصف الألفِ لا يقع عن الآمر ، ولا يلزمه ، بل يقع عن الوكيل قلَّتِ الزيادةُ أو كثرت ؛ لأنّه مخالفةٌ إلى شرٍّ إلاَّ إذا اشترى العبدَ الآخر بباقي الثمنِ قبل الخصومة ؛ أي قبل أن يختصمَ الآمرُ المأمور ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يلزمَ الآمر ؛ لثبوتِ المخالفة ، وبه أخذ مالكٌ والشافعي ﷺ.

ووجهُ الاستحسان : إنَّ شراءَ العبدِ الأوّل قائمٌ ، وغرضُه المصرَّح به وهو تحصيلُ العبدين بألفٍ قد حصل ، وما ثبتَ الإنقسام إلا دلالة ، والصريحُ فوق الدلالة إذا أمكنَ العمل به ، فلا تعتبرُ الدلالةُ مع الصريحِ عند تعارضِهما ، وهذا مذهبُ الإمام.

فإن قال: اشتريتُه بألفٍ، وقال آمره بنصفِه، فإن كان ألف الآمر صُدِّقَ

معيَّنينِ[1] فإن لم يذكرِ الثَّمنَ فشرى أحدَهما يَقَعُ عن الآمر؛ لأنَّ التَّوكيلَ مطلقٌ، وقد لا يتَّفِقُ الجمعُ بينهما، وإن سمَّى ثمنَهما بأن قال: اشترِ لي عبدينِ بألف، وقيمتُهما سواء، فشرى أحدَهما بالنِّصف أو بأقلَّ صحَّ عن الآمرِ، وإن اشترى بأكثر من النِّصفِ لا يقعُ عن الآمرِ، بل يقعُ عن الوكيل، إلاَّ إذا اشترى الآخرُ باقي الثَّمنَ قبل الخصومة[2]؛ لأنَّ المقصودَ حصولُ العبدينِ بألف، وعندهما: إن اشترى أحدَهما بأكثر من النِّصفِ ممَّا يتغابنُ النَّاسُ فيه، وقد بقيَ من الثَّمن ما يشتري به الباقي يصحُّ عن الآمر.

(فإن قال: اشتريتُه بألفٍ، وقال آمره بنصفِه، فإن كان ألف الآمر صُدِّقَ

وعندهما: إنَّ الوكيلَ إن اشترى أحدَ العبدين بأكثرَ من نصفِ الألفِ ممَّا يتغابنُ النَّاسُ فيه، وقد بقيَ من الألف ما يشتري به العبد الباقي فجاز الشراء، ووقع عن الآمر؛ لأنَّ التوكيلَ حصل مطلقاً، لا تقدير ثمن كلٍّ واحدٍ منهما بخمسمئة، والمطلقُ يحمل على المتعارف، وهو الشراء بالقيمةِ أو بزيادةٍ يسيرةٍ قدرَ ما يتغابنُ النَّاسُ فيه، ولكن غرضُهُ تحصيلُ العبدين بالألف، فلا بُدَّ من أن يبقى من الألفِ قدرَ ما يشتري بمثله الباقي؛ ليحصل غرضه(1).

[1]قوله: **معينين**...الخ؛ قال في «المنح»(2): وقيّد بالمعيّنين تبعاً للـ«كنز»(3)، لكن لم يذكرْ الشارحون فائدةَ التقييد بالمعيَّنين، والظاهرُ أنّه اتّفاقيّ فغير المعيَّن كالمعيَّن إذا نواه للموكِّل، أو اشتراه له، ذكره شيخنا في «بحره»(4). انتهى. وبحث فيه أبو السعود ﷺ(5) بحثاً نفيساً، ذكرَه العلامةُ الشاميُّ فيما علَّقه على «البحر»(6)، فلينظر فيه.

[2]قوله: **قبل الخصومة**؛ قيَّد به لأنّه لا يجوزُ إذا اشتراه بعد الخصومة.

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٢٦٦).
(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٤٦/ب).
(٣) «كنز الدقائق»(ص١٢٥).
(٤) «البحر الرائق»(٧: ١٦٢ - ١٦٣).
(٥) في «فتح المعين»(٣: ١٠١).
(٦) «البحر الرائق»(٧: ١٦٢).

الآخرُ إن ساواه وإلاَّ فالآمر ، وإن لم يكنْ ألفُهُ وساوى نصفَهُ صُدِّقَ الآمر، وإن ساواه تحالفا

الآخرُ إن ساواه وإلاَّ فالآمر) ، أي إن أعطاهُ الآمرُ الألفَ، وقال: اشترِ به لي جاريةً[١] فشرى، وقال اشتريتُها بألف، وقال الآمرُ: اشتريتُها بخمسمئةٍ صُدِّقَ الوكيلُ[٢] إن ساوى المبيعُ الألف، وإن لم يساوه صُدِّقَ الآمرُ؛ لأنَّه أمره[٣] بشراءِ جاريةٍ بألف، والوكيلُ لا يملكُ الشَّراءَ بالغبن الفاحش، فلا يَقَعُ عن الآمر، بل يقعُ عن الوكيل.

(وإن لم يكنْ ألفُهُ وساوى نصفَهُ صُدِّقَ الآمر، وإن ساواه تحالفا): أي قال: اشترِ لي جاريةً بألف، ولم يعطِهِ الألف، وقال: المأمورُ اشتريتُها بالألف، وقال الآمر: بل بنصفِهِ، فإن كانت قيمتُها خمسمئةٍ صُدِّقَ الآمر، وكذا إن كانت أكثرُ من خمسمئة، وأقلُّ من ألف؛ لظهور المخالفة؛ لأن الآمرَ وقعَ بشراءِ جاريةٍ تساوي ألفاً بألف، وإن كانت قيمتُها ألفاً تحالفا؛ لأنَّ الوكيلَ[٤] والموكِّلَ بمنْزلةِ البائع والمشتري، فإن تحالفا ينفسخُ البيعُ بينهما، وبقي المبيعُ للوكيل.

---

[١]قوله: **جارية**؛ إنّما وضعَ المسألة في الجاريةِ تبعاً لصاحب «الهداية»، ولو وضعها في العبد لكان أولى؛ ليوافق تذكيرَ الضمير في قولِ الماتن: اشتريتُه بألف.

[٢]قوله: **صُدّق الوكيل**؛ لأنَّ الوكيل أمين فيه، ويدَّعي الخروج عن عهدة الأمانة، والآمر وهو الموكّل، يدّعي عليه حقّ الرجوع بخمسمئة، والمأمور ينكر، فكان القول قوله؛ لأنَّ القول للمنكر.

[٣]قوله: **لأنّه أمره...**الخ؛ يعني أنَّ الوكيلَ قد خالف فيما أمرَه الموكّل، فإنَّ الموكّل أمرَه بشراءِ جاريةٍ تساوي ألفاً، والوكيلُ بشراءِ جاريةٍ بغير عينها لا يملك الشراء بغبنٍ فاحش، فكان مخالفاً، فيكون مشترياً لنفسه.

[٤]قوله: **لأنَّ الوكيل...**الخ؛ يعني إنَّ الوكيل والموكّل في هذا الباب ينزلان منزلة البائع والمشتري؛ للمبادلة الحكميّة، كما قرّرناها سابقاً، وقد وقع الاختلافُ في الثمن

وكذا في معيَّنٍ لم يسمٌّ له ثمناً، فشراه واختلفا في ثمنِه، وإن صَدَّقَ البائعُ المأمورَ في الأظهرِ تحالفا

واعلم أن المراد بقوله: صُدِّقَ في جميع ما ذَكَرَ التَّصديقُ[1] بغيرِ الحلف(١)

(**وكذا في معيَّنٍ لم يسمٌّ له ثمناً، فشراه واختلفا في ثمنِه، وإن صَدَّقَ البائعُ المأمورَ في الأظهرِ تحالفا**): أي إن أمرَ أن يشتري له هذا العبد، ولم يسمٍّ له ثَمَناً فاشتراه، فقال اشتريته: بألف، وقال الآمر: بل بنصفه تحالفا وإن صَدَّقَ البائعُ المأمور

وموجبُهُ التحالف، فإن تحالفا ينفسخُ البيعُ التقديريّ الذي جرى بينهما، وبقيَ المبيعُ للوكيل، فيلزمُ الجاريةَ المأمور.

ويردُ عليه: إن هاهنا مطالبة، وهي أنَّ الوكيلَ إذا قبضَ الثمنَ فوقعَ الاختلافُ اعتبرَ فيه المخالفة والأمانة، وإذا لم يقبض اعتبرُ فيه المخالفة والمبادلة، فما الحكمُ في ذلك؟

وقد أجيب: بأنَّ في الأوَّل سبقت الأمانةُ المبادلة، والسبقُ من أسباب الترجيح، فاعتبرت فيه بخلاف الثاني. كذا في «النتائج»(٢).

[1]قوله: **التصديق بغير الحلف**؛ هكذا ذكر في «الدار»، وتبعه صاحب «الدر المختار»(٣) لكنَّهم صرّحوا بما يخالفه.

قال في «الأشباه»(٤): الوكيل يقبلُ قوله بيمينه فيما يدَّعيه إلاَّ الوكيلُ بقبضِ الدينِ إذا ادَّعى بعد موتِ الموكّل أنه كان قبضَه في حياته ودفعه له، فإنّه لا يقبل قوله إلاَّ بالبيِّنة. كما في «الوَلْوَالجيّة». انتهى.

---

(١) ما ذكره الشارح ﷺ تبعه عليه صاحب «الدرر»(٢: ٢٨٨)، و«الايضاح»(ق١١٦/أ)، و«الدر المنتقى»(٢: ٢٣٤)، و«مجمع الأنهر»(٢: ٢٣٤)، وغيرهم، ولكن اعترض ابن عابدين في «منحة الخالق»(٧: ١٦٤)، وذكر كلاماً طويلاً في اشتراط اليمين، ونصوص الثقات في ذلك.

(٢) «نتائج الأفكار»(٨: ٦٤).

(٣) «الدر المختار»(٤: ٤٠٦).

(٤) «الأشباه»(ص٢٩٧).

....

وإنّما قال هذا: لأنَّ في صورةِ تصديقِ البائعِ المأمور قد قيل: لا تحالف، بل القولُ للمأمورِ مع اليمين؛ لأنَّ[1] الخلافَ يَرْتَفِعُ بتصديقِ البائعِ، فلا يجري التَّحالف، لكن الأظهرَ أن يتحالفا، وهذا قول أبي منصور[2] ﷺ

وقد صرَّح في «الذخيرة»: بأنَّ قولَ الأمينِ معتبرٌ مع اليمين. وقال في «الكافي»: ولو كان الثمنُ منقوداً فالقولُ للمأمورِ مع يمينه؛ لأنَّ الثمنَ كان أمانةً في يده، وقد ادَّعى الخروجَ عن عهدة الأمانةِ من الوجه الذي أمر به فكان القول له. انتهى. ومن الظَّاهر أنّه لا فرقَ في تصديقِ الوكيل لأجل كونِه أميناً بين موضع وموضع، فيكفي التصريح في موضع، فلا يتمُّ قول الشارح ﷺ(١).

[١]قوله: لأنّ...الخ؛ يعني لأنَّ الخلافَ يرتفعُ بتصديق البائع، إذ هو حاضر، فيجعل تصادقُ البائعِ والوكيل بمنْزلة إنشاء العقدِ في الحال، ولو أنشأ العقدَ يلزمُ العبد للآمر، فكذا هذا، بخلافِ المسألة الأولى؛ لأنَّ البائعَ فيها غائب، فاعتبرَ الاختلاف، وصحَّحه قاضي خان ﷺ تبعاً للفقيه أبي جعفر ﷺ.

[٢]قوله: أبي منصور ﷺ؛ هو محمد بن محمد بن محمود الماتريديّ، والماتُرِيد: بضم التاء المثناة الفوقية، وكسر الراء المهملة: قرية من قرى سَمَرْقَنْد، وهو قدوةُ المتفقّهين، وإمام المتكلمين، لا عين رأت مثيلَه في تصحيحِ العقائد، ولا أذنٌ سمعت عديله في إزالة المفاسد، رحمة من الله تعالى على الأرض، تلمذَ على أحمد الجُوزَجَانيّ، وهو على أبي سليمان الجُوزَجَانيّ، وهو على الإمام محمَّد ﷺ، صرَّح به العلامة عليّ القاري وغيرُه من كبارِ المحقِّقين.

وألَّفَ كتباً عديدة، وزبراً مفيدةً، فمنها «كتاب التوحيد» و«كتاب تأويلات القرآن» و«كتاب المقالات» وغيرها، و«ردّ الأصول الخمسة» للباهليّ، و«ردّ على القرامطة» ردّاً شريفاً، و«ردّ الإمامة» لبعض الروافض ردّاً لطيفاً.

وتفقّه عليه جمٌّ كثيرٌ من المحقّقين الكبار، منهم أبو القاسم اسحاق بن محمَّد السَّمَرْقَنْدِيّ، وأبو محمد عبد الكريم بن موسى البَزْدَوِيّ، وعلي بن سعيد وغيرهم،

---

(١) ينظر: التفصيل في «منحة الخالق»(٧: ١٦٤).

....

لأنَّ البائعَ[1] بعد استيفاءِ الثَّمَنِ أجنبيٌّ عنهما، وأيضاً هو أجنبيٌّ عن الموكِّلِ فلا يصدَّقُ عليه.

ومات سنة (٣٣٣) ثلاثٍ وثلاثين وثلاثمئة، وقيل سنة (٣٣٢) اثنتين وثلاثين وثلاثمائة، وإن شئت زيادة التفصيل فارجع إلى «أعلام الأخيار» و«الطبقات»[1] للكفويّ وغيرهما من التواريخ المبسوطة.

[1]قوله: لأنَّ البائع...الخ؛ حاصله: إنَّ البائعَ لا يخلو: إمَّا أن يستوفيَ الثمن أو لا، فعلى الأوّل: هو أجنبيّ عن الوكيل والموكّل، وعلى الثاني: فهو أجنبيّ عن الموكّل فلا مدخلَ له بينهما، فلا يصدّق عليه.

(١) «كتائب أعلام الأخيار» للكفوي(ق٨١).

فصل في البيع

لا يَصِحُّ بيعُ الوكيلِ وشراؤُهُ ممَّن تردُّ شهادته له

فصل[1] في البيع

(لا يَصِحُّ بيعُ الوكيلِ[2] وشراؤُهُ ممَّن تردُّ شهادته[3] له)، هذا عند أبي حنيفة[4] ﷺ

[١]**فصل**: هذا فصلٌ في بيان أحكام مَن يجوز للوكيل أن يعقدَ معه، ومَن لا يجوز.

[٢]قوله: **بيع الوكيل وشراؤه**؛ وكذا الإجارةُ والصرفُ والسَّلَمُ ونحوها، كالتزويج، فلو وكّله بتزويجِ فزوَّجه بنتَه ولو كبيرة، أو مَن لا تقبلُ شهادتُه له لا يجوز. صرَّح به في «البَزَّازيّة».

وقوله: بيع الوكيل؛ شملَ المضارب إلاَّ إذا كان بمثلِ القيمة، فإنّه يجوز اتِّفاقاً؛ لأنّه منصرفٌ لنفسه من وجهٍ، وقيَّدَ بالوكيل؛ لأنَّ الوصيَّ لو باعَ منهم بمثلِ القيمةِ فإنّه يجوز، وإن حابى فيه لا يجوز، وإن قلَّ كالوصيِّ. ذكره العلامةُ الطَّحطاويّ ﷺ[1] نقلاً عن «السراج»، وهذا احترازٌ عن وكيلِ القبض، كما لو وكَّلَ رجلاً بقبضِ دينٍ على أبيهِ أو ولدِهِ أو مكاتبٍ لولدِهِ أو عبدِهِ فقال الوكيلُ: قبضتُ الدينَ وهلكَ وكذَّبَه الطالب، فالقولُ قولُ الوكيل. كما صرَّحوا به.

[٣]قوله: **ممَّن تردُّ شهادتُه له**؛ كأصلِه، وفرعه، وزوجِه، وزوجتِه، وسيِّدِه، وعبدِهِ، ومكاتَبِه، وشريكِه فيما يشتركانه.

[٤]قوله: **هذا عند أبي حنيفةَ** ﷺ؛ له إنَّ مواضعَ التُّهمةِ مستثناةٌ عن الوكالات، وهذا موضعُ التُّهمةِ بدليلِ عدم قبول الشهادة؛ ولأنَّ المنافعَ بينهم متَّصلة، فصارَ بيعاً من نفسِهِ من وجه، بخلافِ المضاربة، فإنَّ المضاربَ كالمتصرِّف لنفسِهِ من وجهٍ.

ألا ترى أنَّ ربَّ المالَ لا يملكُ نهيه عن التصرُّفِ بعدما ضاربَ المالَ عروضاً، وإنّه شريكُهُ في الربح، فلا تلحقُهُ التهمةُ في البيعِ بمثل القيمة؛ لأنّه بمنْزلةِ مَن يبيعُ مالَ نفسه[2].

---

(١) في «حاشيته على الدر المختار»(٣: ٢٧٥).

(٢) ينظر: «المبسوط»(١٩: ٣٣).

وصحَّ بيعُ الوكيلِ بما قلّ أو كَثُر، والعرض، والنَّسيئة

وعندهما[١]: يجوزُ إن كان بمثل القيمةِ إلا من عبدِه أو مكاتبِه.

(وصحَّ بيعُ الوكيلِ بما قلّ أو كَثُر، والعرض، والنَّسيئة)، هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما[٢]: لا يصحُّ إلاّ بما يتغابنُ النَّاسُ فيه، فلا يصحُّ إلاّ بالدَّراهمِ والدَّنانير؛ لأنَّ المطلقَ ينصرف إلى المتعارف، والمرادُ بالنسيئة: البيعُ بالثَّمنِ المؤجَّل، وعندهما يتقيَّدُ بأجلٍ متعارف.

[١]قوله: **عندهما**؛ إن التوكيلَ مطلقٌ عن التقييدِ بشخصٍ دون شخص، ولا تُهمةَ في البيعِ بمثلِ القيمة؛ لأنَّ الأملاكَ متباينةٌ، والمنافعُ منقطعةٌ.

ألاّ ترى أنّه يحلُّ للابن وطء جاريته، ولو لم يكن ملكه مبايناً عن ملكِ أبيه لكانت جاريةً مشتركةً، ولم يحلَّ له وطؤها حينئذٍ بخلافِ العبد؛ لأنَّ البيعَ من عبده بيعٌ من نفسه؛ لأنَّ ما في يدِ العبدِ للمولى، فصار الواحدُ متولياً طرفي العقد، وذا لا يجوز، وللمولى حقٌّ في مالِ مكاتَبه، وينقلبُ حقيقةً بالعجز، فيكون بيعاً من نفسه أو تمكّنت شبهة، وبخلاف الغبن الفاحش.

[٢]قوله: **وعندهما لا يصحّ**...الخ؛ يعني إنَّ عندهما وهو قول الشافعي ﷺ أيضاً، لا يصحّ بيعُهُ بنقصانٍ لا يتغابنُ النَّاسُ فيه، فيجوزُ بالغبنِ اليسير، ولا يجوزُ بيعهِ إلاّ بالدَّراهمِ والدنانير حالّة، أو إلى أجلٍ متعارف؛ لأنَّ التوكيلَ بالبيعِ وقع مطلقاً، والمطلقُ ينصرفُ إلى المتعارف، فيتقيَّدُ به.

والسرُّ فيه: إنَّ التصرُّفاتَ إنّما وُضِعَتْ لدفعِ الحاجات، فالتوكيلُ بالتصرُّفاتِ تتقيَّدُ بمواقعِ الحاجة، والمتعارفُ هو البيعُ بثمنِ المثلِ وبالنقود حالّة أو مؤجَّلة بأجلٍ متعارفٍ بين الناس، وبيعُ ما يساوي ألفاً بعشرة إلى مئة سنة مثلاً غير متعارف.

ألا ترى أنَّ التوكيلَ بشراءِ الفحمِ يتقيَّد بأيّام البردِ في تلك السنة، والتوكيلُ بشراءِ الجَمِد بأيَّام الصيفِ في تلك السنة، والتوكيل بشراءِ الأضحية بأيّام النحرِ في تلك السنة أو قبلها، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانيةِ لم يلزمِ الآمر، صرَّح به في «العناية»[١]، وغيرها.

(١) «العناية»(٨: ٧٧).

وبيعُ نصفِ ما وُكِّلَ ببيعِه

(وبيعُ نصفِ ما وُكِّلَ ببيعِه[1])، هذا عند أبي حنيفةَ[2] ﷺ

ولأنَّ البيعَ بغبنٍ فاحشٍ بيعٌ من وجه، وهبةٌ من وجه؛ ولهذا لو صدرَ من المريض اعتبرَ من الثُلُث، ولا يملكُه الأب والوصيّ، وكذلك المقايضةُ بيعٌ من وجه، وشراء من وجه، فإنّه من حيث أنّ فيه إخراجُ السلعة من الملك بيعٌ، ومن حيث أنَّ فيه تحصيلُ السلعةِ في الملك شراء، فلا يتناوله مطلقُ اسمِ البيع.

ووجه قولِ الإمام: إنَّ التوكيلَ بالبيعِ مطلقٌ، فيجري على إطلاقِهِ في غيرِ موضعِ التهمة، والبيع بالغبنِ أو بالعينِ متعارفٌ عند شدَّة الحاجةِ [إلى الثمن] والتبرُّم من العين، والبيعُ بغبنٍ فاحشٍ بيعٌ من كلِّ وجه، ألا ترى أنَّ مَن حلفَ لا يبيع يحنثُ بالبيع بغبنٍ فاحش.

فإن قلت: إنَّ البيع بغبنٍ فاحشٍ لو كان بيعاً من كلِّ وجه فينبغي أن يملكَه الأبُ والوصيّ، والحالُ أنّه ليس كذلك.

قلنا: إنّ الأبَ والوصيَّ لا يملكانه مع أنّه بيع؛ لأنَّ ولايتَهما على الصغير من حيث النظر بالشفقة، ولا نظرَ في بيعِ الغبن، وبيعُ المقايضةِ شراءٌ من كلِّ وجه، بالنسبةِ إلى عرضِ صاحبه، وبيعٌ من كلِّ وجهٍ بالنسبةِ إلى عرض نفسه؛ لوجودِ حد كلّ واحدٍ منهما.

[1]قوله: **نصف ما وكّل ببيعه**؛ قال في «الكفاية»(1): إنَّ بيعَ النصفِ فيما وكّل ببيع ما ليس في تبعيضه ضرر، كالحنطةِ والشعير جائزٌ بالاتّفاق. انتهى. فظهر أنَّ الخلافَ فيما إذا وُكِّل ببيع في تبعيضه ضرر، لا في المطلق.

[2]قوله: **هذا عند أبي حنيفةَ** ﷺ؛ وجه قوله: إنَّ اللفظَ مطلقٌ غيرُ مقيَّدٍ بقيد الافتراقِ والاجتماع، فيجري على إطلاقه، ألا ترى أنّه لو باعَ الكلَّ بثمنِ النصفِ يجوزُ عنده، فإذا باعَ النصفَ بثمنِ النصفِ فجوازُهُ أولى؛ لأنَّ إمساكَ البعضِ مع بيعِ البعض بهذا الثمن أنفعُ له من بيعِ الكلِّ بذلك الثمن.

---

(1) «الكفاية»(٧: ٧٩).

وأخذه رهناً، أو كفيلاً بالثَّمن، فلا يضمنُ إن ضاعَ في يدِه

وعندهما[1]: لا يجوزُ إلا أن يبيعَ الباقي قبل أن يختصما؛ لئلا يلزمَ ضَرَّرُ الشِّركة.

(**وأخذه رهناً**[2]، **أو كفيلاً بالثَّمن، فلا يضمنُ**[3] **إن ضاعَ في يدِه**

فإن قلت: إنّما يجوزُ بيعُ الكلِّ بثمنِ النصف؛ لأنّه لم يتضمَّن عيبَ الشركة، وأمَّا بيعُ النصفِ يتضمَّن عيبُ الشركةِ فيما يتضَّرر بتبعيضه، فكان هذا مخالفةَ من الوكيلِ إلى الشرّ، فينبغي أن لا ينفذَ بيعُهُ على الموكّل.

قلنا: ضررُ الشركةِ أهونُ وأقلُّ من ضررِ بيعِ الكلِّ بنصفِ الثمن، فلمَّا جازَ ذلك على قوله، فجواز هذا أولى. هكذا قالوا.

[1]قوله: **وعندهما**؛ وهو قول الأئمّة الثلاثة، لا يجوزُ بيعُ نصف ما وُكّل ببيعه؛ لأنَّ هذا البيعَ غيرُ متعارف، والتوكيلُ بالبيعِ ينصرفُ إلى المتعارف؛ ولأنَّ هذا البيع ضررُ الشركة، إلاَّ أن يبيعَ النصفَ الباقي قبل أن يختصما؛ أي الوكيل والموكّل؛ لأنَّ بيعَ النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال.

بأن لا يجد الوكيل من يشتريه جملة، فيحتاجُ إلى أن يفرّق، فإذا باعَ الباقي قبل الخصومةِ ونقضَ البيعِ الأوَّل ظهرَ أنَّ بيعَ النصفِ إنّما وقعَ وسيلةَ الامتثال، واذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلةً إليه، فلا يجوز.

والحاصلُ أنَّ بيعَ النصفِ بعد بيع النصفِ الباقي يجوز، لئلا يلزمَ ضررُ الشركة، قال في «الهداية»(1): وهذا استحسان عندهما. انتهى. والقياس أن لا يتوقَّف لثبوتِ المخالفةِ ببيع النصف.

[2]قوله: **وأخذه رهناً**...الخ؛ أي وصحّ أخذُ الوكيلِ رهناً بالثمنِ أو كفيلاً بالثمن؛ لأنَّ الوكيلَ أصيلٌ في الحقوقِ وقبضِ الثمن منها، والكفالةُ والارتهانُ ممّا يؤكِّدُ جانبَ الاستيفاء فيملكُهما، وهذا يشعرُ بأنّ قبضَ الثمنِ لو لم يكن حقَّ الوكيلِ كما إذا كان صبيّاً محجوراً أو عبداً محجوراً لم يكن له أخذ الرهن(2).

[3]قوله: **فلا يضمن**...الخ؛ يعني لا يضمنُ الوكيلُ الثمنَ للموكّل، والقيمةُ

---

(1) «الهداية»(3: 143).

(2) ينظر: «تبيين الحقائق»(4: 274).

أو تَوَى ما على الكفيل، ويقيِّدُ شراءُ الوكيلِ به

أو تَـوَى ما على الكفيل[1]): الضَّميرُ في ضاعَ يرجعُ إلى الرَّهن. وصورةُ التَّوَى: أن يَرْفَعَ الحادثةَ إلى قاضٍ يرى براءةَ الأصيلِ بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك ﷺ، فحكمَ ببراءةِ الأصيل بنفسه، ثُمَّ مات الكفيل مفلساً.

(ويقيِّدُ[2] شراءُ الوكيلِ به

للرَّاهن إن ضاعَ الرهنُ في يدِه، أو هلكَ ما على الكفيل؛ لأنَّ الهالكَ في يده كالهالك في يدِ الموكِّل.

والفرقُ بين هذا وبين الوكيل بقبضِ الدّين، حيث [لا] يملك أخذَ الرهن ولا الكفيل لأنّ الوكيلَ بقبضِ الدَّين يقبضه بالنيابة؛ ولهذا يملك الموكِّل نهيه عنه، فلا يملكُ الوكيلُ أخذهما بلا إذن الموكِّل، والوكيلُ بالبيعِ يقبضِ الثَّمنَ بالأصالة، ولهذا لا يملكُ الموكِّلُ نهيه عن قبضه، فكان له أخذهما.

[1]قوله: **على الكفيل**؛ قيل: المرادُ من الكفالةِ هاهنا الحوالة؛ لأنَّ المَنويَ يتحقَّقُ فيها لا في الكفالة، وقيل: المرادُ حقيقةُ الكفالة، والتَّوَى يتحقّق فيها بموتِ الكفيل والمكفول عنه مفلسين.

وفي «النهاية»: المرادُ هاهنا تَوَى مضافٌ إلى أخذِ الكفيل؛ لأنّه لو لم يأخذ كفيلاً لم يحصلْ كما في الرهن، والتَّوَى ذكره هنا غيرُ مضافٍ إلى أخذِه الكفيل؛ لأنّه لو لم يأخذْ كفيلاً أيضا لتَوَى بموتِ مَن عليه الدين، وحملُهُ على الحوالةِ فاسدٌ؛ لأنَّ الدّينَ لا يَتْوى فيها بموتِ المحالِ عليهِ مفلساً، بل به يرجعُ على المحيل، وإنّما ينوي بموتهما مفلسين، فصار كالكفالة.

والأوجه أن يرادَ بالتوى: توىً مضافٌ إلى أخذِ الكفيلِ بأن رفعَ الأمرَ إلى قاضٍ يرى براءةَ الأصيلِ بنفس الكفالة، كما هو مذهبُ مالك ﷺ، فيحكمُ ببراءةِ الأصيل ثم مات الكفيل مفلساً(1).

[2]قوله: **ويقيد...الخ**؛ في «الذخيرة»: إن كانت الوكالة بشراءِ شيءٍ بعينه، قيل:

---

(1) ينظر: «تبيين الحقائق»(4: 275).

بمثل القيمة، وبزيادةٍ يتغابنُ النَّاس فيها: وهي ما يقومُ به مقوِّم

بمثل القيمة[١]، وبزيادةٍ يتغابنُ النَّاس فيها: وهي ما يقومُ به مقوِّم[٢]

يتحمَّلُ من الوكيلِ الغبنُ اليسيرُ دون الفاحش، وقيل: لا يتحمَّلُ منه اليسيرَ أيضاً، وفي الوكالةِ بشراءِ شيءٍ لا بعينه لا فرقَ بين ما إذا كان الثمنُ مسمَّى أو غير مسمَّى، فإنّه يتحمَّلُ منه الغبنُ اليسير على كلِّ حال، على ما ذكرَ في «الزيادات».

وذكرَ محمَّد ﷺ في بعضِ الكتب: إنّ الثمنَ إذا كان مسمَّى لا يتحمَّلُ منه الغبن اليسير، وقال شيخ الإسلام خُواهَرْ زَادَه: إنَّ الغبنَ اليسيرَ إنّما يعطى إذا كان بانفراده، أمّا إذا كان فاحشاً فبمقدارِ اليسيرِ منه لا يكون عفواً منه. كذا في «الفصول العمادية».

[١]قوله: **بمثل القيمة**...الخ؛ فلا يلزمُ الموكِّل ما شرى وكيلُه بزيادةٍ على القيمةِ لا يتغابنُ فيها، وهي الزيادةُ الفاحشة.

[٢]قوله: **وهي ما يقومُ به مقوم**؛ قال في «كمال الدراية»[١]: في «الذخيرة» قال شيخُ الإسلام في «جامعه»: تكلّموا في الحدِّ الفاصلِ بين اليسيرِ والفاحش، والصحيحُ عن محمَّدٍ ﷺ في «النوادر»: إنَّ كلَّ ما يدخلُ تحتَ تقويم المقوّمين فهو يسير، وما لا فهو فاحش.

قال شيخ الإسلام ﷺ: وهذا التحديدُ فيما لم يكنْ له قيمةٌ معلومة في البلد، كالعبيد والدواب، فأمّا ما له قيمةٌ معلومةٌ كالخبزِ واللّحم، فإنَّ الوكيلَ إذا زادَ لا ينفذ على الموكّل وإن كانت الزيادةُ كالفلسِ ونحوه؛ لأنَّ ما يدخلُ تحتَ تقويمِ المقوِّمين هو فيما يحتاجُ فيه إلى تقويمهم، وهذا لا يحتاج. انتهى.

وقال في «جامع المضمرات»: رجلٌ اشترى بعشرةِ دراهمَ فامتنعَ الموكِّل من أخذِه منه، لما يرى فيه من الغبن، فعرضَ المبيعَ على المقوِّمين الذين لهم معرفةٌ في تقويمِ المبيع، فقال بعضهم: يساوي تسعة، وقال بعضهم: يساوي عشرة.

فهذا داخلٌ تحت تقويمِ المقوِّمين، فيلزمُ الموكِّل، وإن لم يقوِّمه أحدٌ منهم بعشرةٍ فهذا ما لا يدخلُ تحتَ تقويم المقوِّمين، ولا يتغابنُ النَّاسُ في مثله، فيلزمُ الوكيل؛ لأنّه لا يملكُ الشراءَ بالغبنِ الفاحش. انتهى بقدر الضرورة.

(١) «كمال الدراية»(ق٥١٢).

وتَوَقَّفَ شراءُ نصفُ ما وُكِّلَ بشرائِهِ على شراءِ الباقي

وتَوَقَّفَ[١] شراءُ نصفُ ما وُكِّلَ بشرائِهِ على شراءِ الباقي)، هذا بالاتفاق[٢]، والفرقُ[٣] لأبي حنيفةَ ﷺ بينَ البيعِ والشِّراءِ أن في الشراء تهمة وهي أنَّه اشترى لنفسِه، ثُمَّ نَدِمَ فيلقيهِ على الموكِّل

وقال البِرْجَنْدي: والحاصلُ أنَّ مثلَ القيمةِ هو ما قوَّم به أكثرُ المقوِّمين، وما قوَّم به أقلُّهم ويكون زائداً على ما قوَّم به الأكثر، فهو ما يتغابنُ به النّاس، فإن كان زائداً بحيث لم يقوِّم به أحدٌ، فهو مِمّا لا يتغابنُ الناسُ. ففي العبارة مساهلة، والمقصود ما ذكرناه. انتهى.

وقال في «الهداية»[١]: والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخلُ تحت تقويم المتقوِّمين، وقيل في العروض: ده ينم، وفي الحيوانات: يازده، وفي العقارات: ده دوازده؛ لأنَّ التصرُّفَ يكثرُ وجودُهُ في الأوَّل، ويقلُّ في الأخير، ويتوسَّطُ في الأوسط، وكثرةُ الغبن؛ لقلّة التصرّف. انتهى.

فإنَّ الغبنَ يزيدُ [بقلّة] التجربة، وينقص من كثرتها وقلّتها، وكثرتها بقلّة وقوع التجارات وكثرته وفي القسم الأوَّل كثير، وفي الأخير قليل، وفي الأوسط متوسّط، فإذا كان الغبنُ إلى هذا المبلغ كان يسيراً، فلزم الأمر، وإن زادَ على ذلك لزم الوكيل. كذا في «البناية»[٢].

[١]قوله: وتوقّف...الخ؛ فإنّ شرى الباقي لزم النصف، وإن لم يشترِه لم يلزمه؛ لأنَّ شراءَ البعض قد يقع وسيلةً إلى الامتثال، بأن يكون المشترى ملكاً لجماعة، ولا يتَّفقُ شراؤه جملةً، ويتَّفقُ شراءُ حصّة، فإن اشترى الوكيلُ قبل أن يردَّ الموكِّلُ شراءه البعض ظهرَ أنّه وسيلة، فنصفه على الموكّل.

[٢]قوله: هذا بالاتّفاق؛ بين أئمّتنا وهو عند الأئمّة الثلاثةِ أيضاً، وأمّا عند زفرَ ﷺ فيصيرُ مشتريها كلّه لنفسه، إذ شراءُ النصفِ الأوَّلِ وقعَ له بسبب المخالفة، وكذا النصفُ الثاني دفعاً لضررِ الشركة. ذكره البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية».

[٣]قوله: والفرق...الخ؛ يعني والفرقُ لأبي حنيفةَ ﷺ بين البيعِ والشراء، حيث لا

---

(١) «الهداية»(٣: ١٤٦).

(٢) «البناية»(٧: ٣٣٣).

ولو رُدَّ مبيعٌ على وكيل بعيبٍ يَحْدُثُ مثلُهُ أو لا يحدثُ مثلُه ببيِّنة، أو نكول، أو إقرار رَدَّه على آمره إلاّ وكيلٌ أقرَّ بعيبٍ يحدثُ مثلُه، ولزمه ذلك

ولا تهمةَ في البيع فيجوز؛ لأنَّ الأمرَ ببيعِ الكُلِّ يتضمنُ بيعَ النِّصف؛ لأنَّه ربَّما لا يتيسَّرُ بيعُ الكلِّ دفعة.

(**ولو رُدَّ مبيعٌ على وكيل بعيبٍ يَحْدُثُ مثلُهُ أو لا يحدثُ مثلُه ببيِّنة، أو نكول، أو إقرار رَدَّه على آمره إلاّ وكيلٌ أقرَّ بعيبٍ يحدثُ مثلُه، ولزمه ذلك**): أي باعَ الوكيلُ بالبيع، ثمَّ رُدَّ عليه بالعيب؛ فإن كانَ العيبُ ممَّا لا يحدثُ مثلُه؛ كالإصبعِ الزَّائدةِ، أو لا يحدثُ مثلُهُ في هذهِ المدَّةِ يردُّ على الآمرِ سواءٌ كانَ الردُّ على الوكيلِ بالبيِّنةِ أو بالنُّكولِ أو بالإقرار، وإن كانَ العيبُ ممَّا يحدثُ مثلُه؛ فإن كانَ[1] الردُّ عليه بالبيِّنةِ أو النُّكولِ ردَّهُ على الآمر، وإن كانَ بالإقرارِ لا يردُّهُ على الآمر.

وتأويلُ اشتراطِ البيِّنةِ أو النُّكولِ أو الإقرارِ في العيبِ الذي لا يحدثُ مثلُه، أنَّ القاضي ربَّما يعلمُ أنَّ هذا العيبَ لا يحدثُ مثلُهُ في مدَّةِ شهر، لكن يشتبه عليه تاريخُ البيعِ فيحتاجُ إلى إحدى هذه الحجج، أو كانَ العيبُ لا يعرفُهُ إلا النِّساءُ أو الأطبَّاء، وقولُ المرأةِ والطَّبيبِ حجَّةٌ في توجُّهِ الخصومةِ لا في الرَّد؛ فيفتقرُ إلى هذه الحججِ للردِّ، حتى لو عاينَ القاضي البيعَ والعيبَ ظاهراً لا يحتاجُ إلى شيءٍ منها.

يتقيَّدُ بيعُ الوكيل ويتقيَّد شراؤه؛ لأنَّ التهمةَ متمكِّنةٌ في الوكيلِ بالشراء، بأن يكون شراؤه لنفسه، فلمَّا استكثرَ ثمنُه ألحقَه بالموكِّلِ بخلاف البيع؛ ولهذا لو قال الوكيلُ بالشراء: اشتريتُ وقبضت، وهلكَ في يدي، فهاتِ الثمن لم يقبل قوله، ولو قال الوكيل بالبيع: بعتُ وقبضتُ الثمنَ وهلك، كان القولُ قوله. صرَّح به الشمنيّ ﷺ[1]، وغيره.

[1]قوله: **فإن كان**...الخ؛ تقريره: إنَّ هذا العيب لا يخلو: إمَّا أن لا يكون حادثاً كالأصبعِ الزائدةِ والسنِّ الزائدة، أو يكون حادثاً لكنّه لا يحدثُ مثله في تلك المدّة أو يحدثُ في مثلها.

فإن كان غير حادث ردَّه القاضي بغير حجَّةٍ من بيّنةٍ أو نكول أو إقرار، وكذا إذا

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٥١٢).

....

....

كان حادثاً، لكنّه لا يحدثُ مثلَه في مثل تلك المدة، ردّه القاضي بغير بيّنةٍ ولا نكول والإقرار لعلمه بكونِه عند البائع.

وإنّما شرطَ المصنِّف ﷺ البيِّنة أو النكول أو الإقرار؛ لأنَّ الحالَ قد يشتبه على القاضي؛ بأن لا يعرفَ تاريخ البيع، فاحتاجَ إلى هذه الحجَّة ليعلمَ أنّ تاريخَ البيعِ منذ شهر، فيظهرُ عند القاضي أنَّ هذا العيب كان في يد البائع فيردُّ المبيعَ عليه، أو كان عيباً لا يعرفه إلاّ الأطباء والنساء.

وقولهم: حجَّةٌ في توجّه الخصومة لا في الردّ، حتى لو كان القاضي عاينَ البيع، وكان العيبُ ظاهراً لا يحتاجُ إلى شيءٍ من هذه الحجج، وإن كان عيباً يحدثُ مثله فكذلك الحكمُ إن كان ببيّنةٍ أو نكول؛ لأنَّ البيِّنةَ حجَّةٌ مطلقة، وكذا النكولُ حجّةٌ في حقّه فيردّ عليه.

ثم في هذه المواضع كلِّها ردَّ القاضي على الوكيل يكون ردّاً على الموكِّل، فإن ردَّه المشتري على الوكيلِ بإقرارٍ بقضاء القاضي لا يكونُ ردّاً على الموكّل؛ لأنَّ الإقرارَ حجَّةٌ قاصرة، فلا يتعدّى بخلاف ما إذا كان العيبُ ممّا لا يحدث مثله.

ولكنَّ للوكيل أن يخاصم موكِّلَه فيردّ عليه ببيّنة أو نكول، وإن ردَّه المشتري على الوكيلِ بإقرارِهِ برضاه من غير قضاءٍ فليس له أن يردَّه على الموكّل؛ لأنّه إقالة، وهي بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالث، والموكِّلُ ثالثُهما.

بخلاف ما إذا ردَّه على الوكيل بإقرارٍ بقضاء القاضي؛ لأنَّ الردَّ حصلَ بقضاء وكان مكرهاً، فانعدمَ التراضي وهو شرطٌ في المعاوضات المالية، فجعل فسخاً في حقِّ الكلّ، ولكن الفسخَ مستندٌ إلى دليلٍ قاصرٍ وهو الإقرار، فعملنا بهما فمن حيث الردّ فسخ، وكان للوكيلِ أن يخاصمَ الموكِّل، ومن حيث أنّه مستندٌ إلى دليلٍ قاصرٍ لزم الوكيل إلاّ أن يقيمَ حجَّةً على الموكِّل.

وإن كان العيبُ غيرَ حادث أو كان حادثاً إلاّ أنّه يحدثُ مثلُه في تلك المدَّة، فردّه على الوكيل بإقرارٍ بغير قضاء، لزم الوكيل، وليس له أن يخاصمَ الموكِّل في عامَّةِ روايات «المبسوط».

فإن باعَ نساءً ؛ فقال آمرُه : أمرتُكَ بنقد ، وقال الوكيل : أطلقت ، صُدِّقَ الآمر ، وفي المضاربةِ المضارب ، ولا يصحُّ تصرُّفُ أحدِ الوكيلين وحدَهُ فيما وُكِّلا به

(**فإن باعَ**[1] **نساءً ؛ فقال آمرُه : أمرتُكَ بنقد ، وقال الوكيل : أطلقت ، صُدِّقَ الآمر ، وفي المضاربةِ المضارب**) ؛ لأنَّ الأمرَ يستفادُ من الآمر ، فالقولُ له ، أمَّا المضاربةُ فالظَّاهر فيها الإطلاق ، فالقولُ للمضارب.

(**ولا يصحُّ**[2] **تصرُّفُ أحدِ الوكيلين وحدَهُ فيما وُكِّلا به**

وفي رواية «كتاب البيوع» من «الأصل» يلزمُ الموكِّل من غير خصومة ؛ لأنَّ الردّ متعيِّن ، فإنّهما فعلا عينَ ما يفعلُه القاضي لو رفع الأمرُ إليه ، فإنّهما لو رفعا الأمرَ إلى القاضي في عيبٍ لا يحدثُ مثله ردَّه على الوكيل ، ولا يكلفه لإقامة الحجَّةِ على ذلك ، وكان ذلك ردّاً على الموكِّل ، ووجه الأوّل أنَّ الردَّ ثبتَ بالتراضي فصار كالبيع الجديد ، ولا نُسَلِّم أنّهما فعلا عين ما يفعله القاضي ، وكيف يكون ذلك مع التفاوت في الولاية(1).

[1]قوله : **فإن باع**...الخ ؛ يعني إن باعَ الوكيلُ بالبيع نساء إلى أجل ، وقال الموكِّل : أمرتُك بالنقد ، وقال الوكيل : لا ؛ بل أطلقت ، وأمرتني بالبيع من غير تقييدٍ بالنقدِ صُدِّقَ الموكِّلُ مع اليمين ، فإنَّ مبنى الوكالةِ على التقييد حتى لا تصحّ بدونِ بيان النوعِ بعد الجنس والثمن ، ألا ترى أنه لو قال : وَكَّلتُك أن تشتريَ لي دابَّةً لا تصحّ ، ولو قال : وَكَّلتُك في مالي ليس له إلاّ الحفظ ، فإذا كان مبناها على التقييد وهو يستفاد من جهة الآمر ، كان القول قوله.

وإن باع المضاربُ نساءً ، فقال ربّ المال : أمرتُك أن تبيعَه بالنقد ، وقال المضارب : لا بل أطلقت ، كان القول للمضارب ؛ لأنَّ الأصل في المضاربةِ الإطلاق والعموم ، فيعتبر قوله مع اليمين ، بخلاف ما إذا ادَّعى ربّ المال المضاربة في نوع ، والمضارب في نوع آخر ، حيث يكون القولُ لربِّ المال ؛ لأنّه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما ، فنَزل إلى الوكالة المحضة(2).

[2]قوله : **ولا يصح**...الخ ؛ يعني إذا وكَّلَ رجلٌ وكيلين فلا يجوزُ تصرُّف أحدهما

(1) ينظر : «كمال الدراية»(ق512).

(2) ينظر : «البحر الرائق»(7 : 172).

إلاّ في خصومةٍ

إلاّ في خصومةٍ[1]

فقط فيما وُكِّلا به ؛ لأنَّ الموكِّلَ إنّما رضيَ برأيهما لا برأي أحدِهما ولو كان البدلُ مقدَّراً ؛ لأنَّ تقديرَه لا يمنعُ استعمالَ الرأي في الزيادة والنقصان، وفي اختيار البائع والمشتري ونحو ذلك، وهذا إذا وَكَّلَهما بكلامٍ واحد ؛ بأن قال : وَكَّلتُكُما بيع عبدي هذا، ونحو ذلك.

أمَّا إذا كان توكيلهما على التعاقب، فيجوز لأحدِهما الإنفرادُ في التصرُّف ؛ لأنَّ الموكِّلَ رضيَ برأي كلِّ واحدٍ منهما على الإنفرادِ وقتَ توكيله، فلا يتغيَّر بعد ذلك، بخلافِ الوصيين، فإنّه إذا أوصى إلى كلِّ واحدٍ منهما بكلامٍ على حدةٍ حيث لم يجزْ لأحدِهما الإنفراد في الأصحّ ؛ لأنَّ وجوبَ الوصيَّة بالموت، وعند الموت صارا وصيّين جملةً واحدة.

وحكمُ الوكالةِ يثبتُ بنفس التوكيل، فإذا أقرَّ كلُّ واحدٍ منهما بالعقد استبدلَ كلُّ واحدٍ منهما بالتصرّف، وإذا وكَّلَهما بكلامٍ واحدٍ لا ينفرد به أحدهما، وإن كان أحدهما حرَّاً بالغاً والآخرُ عبداً أو صبيّاً. صرَّح به في «المنح»(1)، وغيره.

ولو باع أحدُهما بحضرةِ صاحبِه فإن أجازَه صاحبُه جاز، وإلاَّ فلا، ولو كان غائباً فأجازَه لم يجزْ في قول أبي حنيفة ﷺ، وإن ماتَ أحدُهما أو ذهبَ عقلُه لم يجزْ للآخر أن يتصرَّفَ وحده ؛ لعدمِ رضاهُ برأيه وحده. صرَّح به العَيْنيُّ(2)، والزَّيْلَعيُّ(3) ﷺ، وغيرُهما.

[1]قوله : **إلا في الخصومة** ؛ يعني إلاَّ أنّه يجوزُ تصرُّفُ أحدِهما في الخصومة، فلأحدهما أن يخاصمَ وحده، وقال زفر ﷺ : لا يجوز ؛ لأنّه يحتاج إلى الرأي، والموكِّلُ لم يرضَ أحدَهما، وبه قالت الثلاثة.

ولنا : إن اجتماعَهما في الخصومة متعذِّر ؛ لأنّه يؤدِّي إلى التعسُّف والتشويشِ

---

(1) «منح الغفار»(ق٢ : ١٤٩/ب).

(2) في «رمز الحقائق»(٢ : ١٢٨).

(3) في «تبيين الحقائق»(٤ : ٢٧٦).

وردِّ وديعة، وقضاءِ دين، وطلاقٍ وعتق

ورد وديعة[١]، وقضاءِ دين[٢]، وطلاقٍ وعتق[٣]

والتلبيس على القاضي، والرأيُ يحتاج إليه سابقاً على الخصومة، فيباشرُ أحدُهما برأي الآخر، حتى لو باشرَ أحدُهما بدون رأي الآخر، لا يجوزُ عندنا صرَّح به العلامةُ العينيّ رضي الله عنه (١).

ولذا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامّتهم؛ لأنه لم يتعلّق بسماع الخصومة وهو ساكت، فائدة ذكره الزَّيْلَعيُّ في «شرح الكنز»(٢)، وبه ظهر أنَّ ما ذكره ابن ملكٍ من اشتراطِ الحضرةِ ضعيف. كما في «البحر»(٣).

[١]قوله: وردّ وديعة؛ فلأحد الوكيلين أن يردَّها وحدَه، فإنّه لا يحتاجُ فيه إلى الرأي، هكذا ردّ المغصوب والعارية وغيرهما، وقول صاحب «المنح»(٤): ورد عين أولى لشمولِهِ ما ذكرناه، وقيَّد بالرد: احترازاً عن الاسترداد، فليس لأحدِهما القبض بدون صاحبه؛ لإمكان اجتماعهما، وللموكّل فيه غرض صحيح؛ لأنَّ حفظَ اثنين ليس كحفظِ واحد، فإذا قبضَه أحدُهما ضمن كلّه؛ لأنّه قبضه بغير إذن المالك.

فإن قيل: ينبغي أن يضمنَ النِّصف؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مأمورٌ بقبضِهِ بقبضِ النصف.

قلنا: ذاك مع إذنِ صاحبه، وفي حال الإنفرادِ فغيرُ مأمورٍ بقبضِ شيءٍ منه. أفاده في «السراج الوهاج».

[٢]قوله: وقضاء دين؛ فلأحدهما أن يقضيَه بعدم الاحتياج فيه إلى الرأي، واقتضاءُ الدينِ مثلُ استردادِ الوديعة.

[٣]قوله: وطلاق وعتق لم يعوضا؛ فلأحدهما أن يطلّقَ وحدَه زوجتَه أو ليعتق وحدَه عبده؛ لأنّه لا حاجة فيهما إلى الرأي، بل هو تعبيرٌ محضٌ، وعبارةُ المثنّى والواحد

(١) في «رمز الحقائق»(٢: ١٢٨).

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٧٥ - ٢٧٦).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ١٧٤).

(٤) «منح الغفار»(ق٢: ١٤٩/ب - ١٥٠/أ).

لم يعوَّضا ، ولا توكيلَ الوكيلِ إلاّ بإذن آمرِهِ أو بقولِهِ له : اعملْ برأيك ، فإن وكَّلَ بإذنِهِ كان الثَّاني وكيلَ الموكِّلِ الأوَّلِ لا الثَّاني ، فلا ينعزلُ بعزلِهِ أو بموته ، وينعزلانِ بموتِ الأوَّل ، وإن وكَّل بلا إذنِهِ فعقدُ الثَّاني عندَ الأوَّل ، أو بغيبتِهِ وأجازَ هو ، أو كانَ قدَّرَ الثَّمن

لم يعوَّضا[1]) أمَّا في الخصومة ؛ فلأنَّ الاجتماعَ فيها يفضي إلى الشَّغب[2] ، وفي الأمورِ الأخرِ لا يحتاجُ إلى الرَّأي.

(**ولا توكيلَ الوكيلِ إلاّ بإذن آمرِهِ أو بقولِهِ له : اعملْ برأيك ، فإن وكَّلَ بإذنِهِ كان الثَّاني وكيلَ الموكِّلِ الأوَّلِ لا الثَّاني ، فلا ينعزلُ بعزلِهِ أو بموته ، وينعزلانِ بموتِ الأوَّل ، وإن وكَّل بلا إذنِهِ فعقدُ الثَّاني عندَ الأوَّل ، أو بغيبتِهِ وأجازَ هو ، أو كانَ قدَّرَ الثَّمن**

سواء ، أمّا إذا قال : طلِّقاها إن شئتما ، أو جعلَ أمرها بأيديهما ، فحينئذٍ يكونُ تفويضاً أو تعليقاً ، فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق.

وكذا لو قال : طلّقاها جميعاً ، ليس لأحدِهما أن يطلّقَها وحدَه ولا يقع عليهما طلاق واحد ، ولو قال طلِّقاها جميعا ثلاثاً ، فطلَّقها أحدُهما طلقةً واحدة ، والآخر طلقتين لا يقع ، والمراد بالطلاقِ طلاقٌ واحدةٍ معيّنة.

وكذا المرادُ بالعتقِ عتق عبدٍ معّين ، فإنّه لو وكَّلهما بطلاق واحدة بغير عينها أو عتقِ عبدٍ بغير عينه لا ينفرد أحدهما. كما في «السراج الوهاج» ؛ لأنّه ممّا يحتاج إلى الرأي بخلاف المعين(١).

[١]قوله : **لم يعوضا** ؛ قيّد به لأنه إذا كان التوكيل للاثنين في الطلاق ببدل ، أو العتاق ببدل ، لا يجوز انفرادُ أحدهما ؛ لأنّه يحتاج فيه إلى الرأي.

[٢]قوله : **إلى الشغب** ؛ شغب بالفتح وبفتحتين : برانكيختن فتنة وفساد وتباهي كذا في «المنتخب» ، يقال : شَغَبت القومُ وعليهم وبهم شَغْباً من باب نَفَعَ هَيَّجْتَ الشرَّ بينهم. كذا في «المصباح»(٢).

---

(١) ينظر : «منح الغفار»(ق٢ : ١٤٩/ب).

(٢) «المصباح المنير»(ص٣١٦).

ولا يصحُّ بيعُ عبدٍ أو مكاتبٍ أو ذميٍّ في مالِ صغيرِه المسلمِ وشراؤه

ولا يصحُّ[١] **بيعُ عبدٍ أو مكاتبٍ أو ذميٍّ في مال صغيرِه المسلمِ وشراؤه)**: أي الشِّراءُ بمالِه[٢]، فالحاصلُ أنَّ العبدَ والمكاتبَ لا ولايةَ لهما في مالِ ولدِهِ الصَّغير، والكافرَ لا ولايةَ لهُ في مالِ صغيرِهِ المسلم.

[١] قوله: **ولا يصحّ**...الخ؛ يعني لا يجوز لعبد ولا مكاتب أن يتصرَّفَ في مال طفلِهِ ببيع أو شراء، ولا يجوز للكافر في حقِّ طفلِه المسلم؛ لأنَّ المكاتبَ عبدٌ ما بقيَ عليه درهم، والعبدُ لا ولايةَ له، قال الله ﷻ: ﴿**ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ**﴾(١)

والكافرُ لا ولايةَ له على المسلم، قال الله ﷻ: ﴿**وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا**﴾(٢)، وقيَّد بالذميّ لا للاحترازِ عن الحربيّ، فإنّه في هذا الحكمِ مثلُ الذميّ، بل عن المرتدّ، فإنَّ ولايتَه على أولادِهِ وأموالهم موقوفة، فإن أسلمَ جعلَ كأنّه لم يزلْ مسلماً، فينفذُ تصرُّفه، وإن ماتَ أو قتلَ على ردَّتِهِ تبطلُ لتقرُّرِ جهةِ انقطاعِ الولاية. كما صرَّحوا به.

[٢] قوله: **أي الشراء بماله**؛ أشارَ إلى أنَّ المرادَ بالشراء وهو الشراءُ بمال صغيرِهِ لا أن يشتريَ بمالِ نفسه، فإنّه يجوز وينفذُ عليه.

---

(١) النحل: ٧٥.

(٢) النساء: ١٤١.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

للوكيلِ بالخصومةِ القبضُ عندَ الثَّلاثةِ : كالوكيلِ بالتَّقاضي في ظاهرِ الرواية ويفتى بعدمِ قبضهما الآن

باب الوكالة بالخصومة والقبض[1]

(للوكيلِ بالخصومةِ القبضُ عندَ الثَّلاثةِ[2]) : أي عندَ[3] أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، ومحمَّد ﷺ ، خلافاً لزفرَ[4] ﷺ ، (كالوكيلِ بالتَّقاضي[5] في ظاهرِ الرواية ويفتي بعدمِ قبضهما الآن) ، فإنَّ الوكيلَ بالتَّقاضي يملكُ القبضَ في ظاهرِ المذهب

[1]قوله : **باب الوكالة بالخصومة والقبض** ؛ إنما أخّر بحث الوكالة بالخصومة عن بحثِ الوكالة بالبيع والشراء ؛ لأنَّ الخصومةَ تقعُ باعتبارِ ما يجبُ استيفاؤه ممّن هو في ذمَّته ، وذلك لا يكونُ في الأغلب إلاَّ بمطالبة المبيعِ ردَّ الثمن ، أو لأنَّ الخصومةَ مهجورةٌ شرعاً ؛ فلذا أخَّر عمَّا ليس بمهجورٍ شرعاً ، والخصومةُ هي الدَّعوى الصحيحة ، أو الجوابِ الصريح بنعم أو لا ، وقد تقدَّم ذكره ، فتذكَّر.

[2]قوله : **عند الثلاثة** ؛ وجه قولهم : إنَّ مَن ملكَ شيئاً ملكَ إتمامه ، وإتمام الخصومةِ وانتهاؤها لا يكون إلاَّ بالقبض.

[3]قوله : **أي عند...الخ** ؛ أشارَ إلى أنَّ المرادَ بالثلاثةِ أئمّتنا الثلاثة ، لا الشافعيّ ومالك وأحمد ﷺ ، فإنّهم يوافقون قولَ زفر ﷺ.

[4]قوله : **خلافاً لزفر** ﷺ ؛ فإنّه يقول : إنَّ الوكيلَ بالخصومة لا يكونُ وكيلاً بالقبض ؛ لأنَّ الموكّلَ إنّما رضيَ بخصومته ، والقبض غير الخصومة ولم يرضَ به الموكّل.

[5]قوله : **كالوكيل بالتقاضي** ؛ أي كما أنَّ للوكيلِ بالخصومة القبض ، كذلك للوكيلِ بالتقاضي القبض ، والمرادُ بالتقاضي هو طلبُ الدَّينِ من المديون ، وهذا على أصلِ الرواية.

ووجهه : إنَّ التقاضي في معنى القبض ، قال في «منتهى الأرب» : تقاضي : وام بازخواستن دوام بازكَر فتن ، يقال : تقاضاه الدَّين ؛ أي قبضه. انتهى. وهكذا في «القاموس»(1) ، وغيره ، إلا أنَّ العرفَ بخلافه ، فإنّه يرادُ به المطالبة ، والعرفُ راجحٌ على الوضع ؛ لأنَّ الألفاظَ إنّما وضعت لحاجةِ الناس ، وهم لا يفهمونَ المعنى الذي وضعت

---

(1) «القاموس»(4 : 381).

وللوكيل

لكنَّ الفتوى في هذا الزَّمانِ على أنَّ الوكيلَ بالخصومة والوكيلَ بالتَّقاضي لا يملكانِ القبض ؛ لظهورِ الخيانةِ في الوكلاء[١].

(وللوكيل[٢]

له الألفاظ، بل يفهمون المجاز، فصارُ المجازُ بمنْزلةِ الحقيقة العرفيّة.

[١]قوله: **لظهور الخيانة في الوكلاء**؛ وقد يؤتمنُ على الخصومة مَن لا يؤتمن على المال، وفي «البحر»(١) نقلاً عن «الفتاوى الصغرى»: التوكيل بالتقاضي يعتمدُ العرفَ إن كان في بلد كان العرفُ بين التجَّارِ أنَّ المتقاضي هو الذي يقبضُ الدَّين، كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالقبضِ وإلا فلا، ذكره عن الفضل. انتهى.

وفي «الفتاوى السراجية»: الوكيلُ بالتقاضي وكيلٌ بالقبضِ في ظاهرِ الرواية، والفتوى على أنّه ينظر إنّ كان التوكيلُ بذلكِ في بلد، كان العرف بين التجَّارِ أنَّ المتقاضي هو الذي يقبضُ الدَّين كان توكيلاً بالقبض، وإلا فلا. انتهى.

[٢]قوله: **وللوكيل**...الخ؛ يعني أنَّ الوكيل بقبض الدين يملكُ الخصومة قبل القبضِ عند الإمام، وأمّا عندهما لا يملكُ الخصومة، وهو قولُ الأئمَّة الثلاثة، ورواية الحسنِ ﷺ عن الإمام.

وجه قولهما: إنَّ القبضَ غير الخصومة، فلا يكون الوكيلُ بالقبضِ وكيلاً بالخصومة، وأيضاً ليس كلُّ مَن يصلحُ للقبضِ يعرفُ الخصومة، ويهتدي إلى المحاكمة، فلا يحصلُ الرِّضاء من الموكّل.

ووجه قول الإمام: إنَّ الموكّلَ وكّل بقبضِ الدَّين بتملك المقبوض بما في ذمَّةِ المديون؛ لأنَّ قبضَ نفس الدَّينِ لا يتصوّر؛ ولذا قلنا: إنَّ الدُّيونَ تقضى بأمثالها، فإنَّ المقبوضَ ملكُ المطلوبِ حقيقة، وبالقبضِ يتملّكُ بدلاً عن الدَّين، فيكون وكيلاً في حقِّ التمليك، وذلك لا يكونُ إلاَّ بالخصومة.

وثمرةُ الخلاف تظهرُ فيما إذا أقام الخصمُ البيِّنةَ على استيفاء الموكّل، أو إبرائِه،

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ١٧٨).

بقبضِ الدَّينِ الخصومةُ ، لا للذي يقبضُ العين ، فلو قامَ حجَّةُ ذي اليدِ على الوكيل بقبضِ عبدٍ أنَّ موكِّلَهُ باعَهُ منه ، يُقْصَرُ يده ، ولا يثبتُ البيع ، فتقامُ ثانياً على البيعِ إذا حضرَ الغائب

بقبضِ الدَّينِ[1] **الخصومةُ)** ، هذا عندَ أبي حنيفة ، وأمَّا عندهما : لا يملكُ الخصومة ، **(لا للذي يقبضُ العين ، فلو قامَ**[2] **حجَّةُ ذي اليدِ على الوكيل بقبضِ عبدٍ أنَّ موكِّلَهُ باعَهُ منه ، يُقْصَرُ يده ، ولا يثبتُ البيع ، فتقامُ ثانياً على البيعِ إذا حضرَ الغائب)** ، أدخلَ فاءَ التَّعقيبِ في قولِه : فلو قام ؛ لأنَّ هذهِ المسألةَ من فروعِ أنَّ الوكيلَ بقبضِ العينِ هل هو وكيلٌ بالخصومةِ أم لا ؟ ففي هذهِ المسألةِ قياسٌ واستحسان

فعند الإمامِ تقبل ، وعندهما : لا ، وقيَّدنا بقوله : قبل القبض ؛ لأنّه بعد القبض لا يكون له الخصومةُ اتِّفاقاً ، كما في «مجمع الأنهر»(١) ، وغيره.

[١]قوله : **بقبض الدَّين** ؛ قيَّدَ بالدَّين ؛ لأنَّ الوكيلَ بقبضِ العينِ لا يكون وكيلاً بالخصومةِ بالإجماع.

والأصلُ : إنَّ التوكيلَ إذا وقعَ باستيفاءِ عينِ حقِّه لم يكن وكيلاً بالخصومة ؛ لأنَّ التوكيلَ وقع بالقبض لا غير ، وإذا وقعَ التوكيل بالتملُّك كان وكيلاً بالخصومة ؛ لأنَّ التملُّكَ إنشاءُ تصرُّف ، وحقوقُ العقد تتعلَّق بالعاقد ، فكان خصماً فيها. كذا في «الكفاية»(٢).

ولذا قال المصنِّف بُعيد هذا : لا للذي يقبضِ العين ؛ يعني أنَّ مَن وكَّل بقبضِ العينِ لا يملك الخصومة ؛ لأنّه أمينٌ محض ، فإنَّه ليس بوكيلٍ بالمبادلة ، فلم يتعلَّق الحقوقُ بالقابض ، فلا ينتصبُ خصماً ، فأشبه ذلك الوكيل الرسول.

[٢]قوله : **فلو قام...الخ** ؛ تفريعٌ على قوله : لا للذي يقبضُ العين ؛ يعني لو برهنَ ذو اليد على الوكيل بقبضِ عبدٍ أنّ موكِّله باعه منه ، تقصر يدُ الوكيل عنه ، ولا يثبتُ البيع ، فيلزم على ذي اليدِ إعادةُ البيِّنة إذا حضرَ الموكِّلُ أو مَن يقومُ مقامَه.

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢ : ٢٤٢).

(٢) «الكفاية»(٧ : ١٠١ - ١٠٢).

كما يقصرُ يدُ الوكيلِ بنقلِ المرأةِ والعبدِ بلا طلاقٍ وعتق، لو قامتْ حجَّتُهما عليه حتى يحضرَ الغائب، وصحَّ إقرارُ الوكيلِ بالخصومة عند القاضي

فالقياس: إنَّ العبدَ يدفعُ إلى الوكيل، ولا يقبلُ ببيِّنةِ أنَّ الموكِّلَ باعَ من صاحبِ اليد؛ لأنَّ البيِّنةَ قامتْ على غيرِ خصم، وفي الاستحسان: يقصرُ يدُ الوكيلِ من غيرِ أن يثبتَ البيعَ في حقِّ الموكِّل؛ لأنَّهُ[1] خصمٌ في قصرِ اليد، وإن لم يكنْ خصماً في إثباتِ البيعِ على الموكِّل.

(**كما يقصرُ يدُ الوكيلِ بنقلِ المرأةِ والعبدِ بلا طلاقٍ وعتق، لو قامتْ حجَّتُهما عليه حتى يحضرَ الغائب**): أي إذا جاءَ رجلٌ وقال: أنا وكيلُ زيدٍ الغائب، بنقلِ امرأتِهِ وعبدِهِ إلى موضعِ كذا، فأقامتْ المرأةُ البيِّنةَ على أنَّ موكِّلَهُ طلَّقها، والعبدُ على أنَّهُ أعتقَه، يقصرُ[2] يدُ الوكيلِ من غيرِ أن يثبتَ الطَّلاقُ والعتق، بل إذا حضرَ الغائبُ يجبُ إعادةُ إقامةِ البيِّنة، فقولُهُ: حتى يحضرَ الغائب، يتعلَّقُ بقولِهِ بلا طلاقٍ وعتقٍ: أي لا يقعُ الطَّلاقُ والعتقُ حتى يحضرَ الغائب؛ فإنَّهُ إذا حضرَ يقعُ إن أعيدتْ البيِّنة، فإعادةُ البيِّنةِ قد سبقتْ في المسألةِ الأولى، وقد جعلَ حكمُ هذه المسألةِ كالحكمِ في المسألةِ الأوَّلى فيفهمُ إعادةُ البيِّنة.

(**وصحَّ إقرارُ الوكيلِ[3] بالخصومة[4] عند القاضي**

[1]قوله: **لأنّه**...الخ؛ هذا وجهُ الاستحسان؛ وحاصلُه: إنَّ البيِّنةَ قامت على نفس الحقّ، وعلى قصر اليد، والوكيلُ خصمٌ في حقِّ اليد فقط، فتقبلُ في حقِّه فيقصرُ يدَه عنه، كما إذا أقامَ الخصمُ البيِّنةَ على أنَّ الموكِّلَ عزلَه عن الوكالة فإنّها تقبلُ في حقِّ قصر اليد.

[2]قوله: **يقصر**...الخ؛ لأنهما أقاما البيّنة على وكيل، وهو ليس بخصم؛ ولذا وجبَ إعادتها لو حضرَ موكِّله بخلاف قصرِ اليد. كما مرَّ آنفا.

[3]قوله: **إقرار الوكيل**؛ سواءً كان وكيل المدَّعي أو وكيل المدَّعى عليه، وإقرارُ وكيلِ المدَّعي هو أن يقرَّ أنّ موكِّلَه قبضَ هذا المال، وإقرارُ وكيلِ المدَّعى عليه هو أن يقرَّ بوجوبِ المال على المدَّعى عليه.

[4]قوله: **بالخصومة**؛ قيِّد بالخصومة؛ لأنَّ الوكيلَ بغيرها لا يصحُّ إقراره مطلقاً،

وعند غيره لا

وعند غيرِه لا[1])، هذا عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ ، وعند أبي يوسفَ يجوز وإن كانَ عند غَيرِ القاضي، وعند زفر[2] وهكذا عندَ الشَّافعي(١) لا يجوزُ أصلاً؛ لأنَّهُ مأمورٌ بالخصومة، لا بالإقرار، ولنا[3]: أنّ الخصومةَ يرادُ بها الجوابُ، فيتضمَّنُ الإقرار

وأطلقها وهي مقيَّدةٌ بغير الحدود والقَوَد، فلا يصحُّ إقرارُ الوكيل على موكِّله بهما للشبهة. كذا في «المنح»(٢)، وغيره؛ ولذا قيَّدها به في «التنوير»(٣)، و«مجمع الأنهر»(٤).

[1]قوله: وعند غيره لا؛ هي لا يصحّ إقرارُ الوكيلِ بالخصومةِ عند غير القاضي.

[2]قوله: وعند زفر وهكذا عند الشافعيّ ...الخ؛ وكذا عند ابن أبي ليلى وأحمد وهو قولُ أبي يوسفَ أوّلاً، وهو القياس؛ لأنَّ الوكيلَ مأمورٌ بالخصومةِ لا بالإقرار، وتوضيحُه: إنَّ الخصومةَ كلامٌ يجري بين اثنين على سبيلِ المنازعة، والإقرارُ كلامٌ يجري بين اثنين على سبيلِ المسالمةِ والموافقة.

ومن الظاهرِ أنّ الأمرَ بالشيء لا يتناولُ ضدّه، وبهذا الوكيلُ بالخصومةِ لا يملكُ الإبراء؛ لأنّه إسقاط، وهو مأمورٌ بالاستيفاء، وكذا لا يملكُ الصلح؛ لأنَّ الصلحَ حطُّ البعض، وهو مأمورٌ باستيفاء الكل.

[3]قوله: ولنا...الخ؛ هذا وجه الاستحسان، وتقريره: إنَّ التوكيلَ بالخصومةِ جائزٌ إجماعاً، فيدخلُ تحتَه ما يملكُهُ الموكِّل، وهو الجوابُ مطلقاً دون أحدهما معيَّناً، فإنّه ربّما يكون الجوابُ بأحدِهما معيَّناً حراماً.

ألا ترى أنّه لو كان خصمُهُ محقّاً فلا يمكنُ الإنكارُ شرعاً، ولو كان مبطلاً يكون حقُّهُ في الإنكارِ لا غير، فلا يملك المعيّن منهما قطعاً، والخصومةُ يراد بها مطلقُ الجواب عرفاً مجازاً؛ لأنَّ الخصومةَ بسبب الجواب، وذكر السبب وإرادةُ المسبّب شائع.

---

(١) ينظر: «البهجة المرضية» وشرحها «الغرر البهية»(٣: ١٨٩)، وغيرهما.

(٢) «منح الغفار»(ق١٥٢/ب).

(٣) «تنوير الأبصار»(ص١٦٠).

(٤) «مجمع الأنهر»(٢: ٢٤٣).

....

....

وإذا ثبتَ أنَّ التوكيلَ بالخصومةِ ينصرفُ إلى مطلقِ الجواب، فقال أبو يوسف ﷺ: إنَّ الوكيلَ قائمٌ مقامَ الموكِّل، وإقرارُ موكِّلِه لا يختصُّ بمجلس القضاء، فكذا إقرارُ وكيلِه، والسرُّ فيه: إنَّ الشيء إنّما يختصُّ بمجلسِ القاضي إذا لم يكن موجباً إلاَّ بانضمامِ القضاءِ إليه، كالبيِّنةِ والنكول، وأمّا الإقرارُ فهو موجبٌ بنفسه، فلا يختصُّ بمجلس القضاء.

وقال أبو حنيفةَ ومحمّد ﷺ: إنَّ التوكيل يتناولُ ما يملكُهُ الموكِّلُ وهو الجواب، إذ الخصومةُ يرادُ بها مطلقُ الجوابِ عرفاً مجازاً، والجوابُ يكون بما يسمَّى خصومة حقيقة، وهو الإنكار، وبما يسمَّى خصومة مجازاً، وهو الإقرارُ في مجلسِ القضاء، فإنّه يسمَّى خصومة؛ لأنّه خرجَ في مقابلةِ الخصومةِ كما في تسميةِ جزاءِ السيِّئة سيئة، أو لأنَّ الخصومةَ سببٌ له.

فيكونُ من إطلاقِ اسمِ السبب على المسبِّب، أو لأنَّ مجلسَ القضاء مجلس الخصومة فيما يجري فيه يسمّى خصومة، والخصومةُ تتناولُ الإقرار، والإنكارُ من عموم المجاز، لا من استعمالِ اللفظِ في حقيقته ومجازه، فيملكُ الوكيل الإقرارَ من حيث إنّه جوابٌ لا من حيث أنّه إقرارٌ، والجوابُ يستحقُّ عند القاضي.

والدليلُ على أنَّ المرادَ بالخصومة هاهنا الجواب مطلقاً أنّ القاضي يأمرُ بالجواب، فيقول له: أجبْ خصمك لا بالخصومة، وفي حملها على الجواب هاهنا يصحّ التوكيلُ به على كلِّ تقدير، وفي حملها على حقيقتها وهو الإنكارُ لا يصحُّ به التوكيل إلاَّ على تقديرِ أن يكون محقّاً في الإنكار لا مبطلاً فيه.

وأنت عرفتَ أنَّ قول الشارح ﷺ: ولنا: إنَّ الخصومة... الخ دليلٌ مجملٌ في مقابلةِ ما استدلَّ به زفر ﷺ لا على مذهبِ أبي يوسف، أو الطرفين معيناً، ونحن بيّنا دليلهم بياناً شافياً، فتذكَّر وتشكَّر[1].

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٢٨٠).

كتوكيلِ ربٌّ المالِ كفيلَهُ بقبضِ ماله عن المكفولِ عنه ، ومصدَّقٌ الوكيلَ بقبضِ دينِهِ إن كان غريماً أُمِرَ بدفعِ دينِهِ إلى الوكيل

(**كتوكيلِ**[1] **ربٌّ المالِ كفيلَهُ بقبضِ ماله عن المكفولِ عنه**) : أي كما لا يصحُّ توكيلُ ربِّ المالِ الكفيلَ بقبضِ المكفولِ به ، عن المكفولِ عنه ؛ لأنَّ الوكيلَ مَن يعملُ لغيرِهِ وهنا يعملُ لنفسِه .

(**ومصدَّقٌ الوكيلَ بقبضِ دينِهِ إن كان غريماً أُمِرَ**[2] **بدفعِ دينِهِ إلى الوكيل**) : أي ادَّعى رجلٌ أنَّه وكيلُ الغائبِ بقبضِ دينِهِ من الغريم ؛ فصدَّقَهُ الغريم ، أُمِرَ بتسليمِ الدَّين إلى الوكيل

[1]قوله : **كتوكيل**...الخ ؛ صورةُ المسألة : إنّه إذا كان لرجلٍ على رجلٍ دين ، وكَفِلَ به رجل ، فوكَّلَ الطالبُ الكفيلَ بقبضِ ذلك الدَّين من الذي عليه فلم يصحَّ هذا التوكيل ؛ لأنَّ الوكيلَ هو الذي يعمل لغيره.

ولو صحَّحنا هذه الوكالةَ صار عاملاً لنفسه ، ساعياً في براءة ذمَّته ، فانعدمَ ركنُ الوكالة ، وهو العمل للغير ، فبطل عقد الوكالة ، وإن اختلج في قلبك أنَّ الدَّائن إذا وكَّل المديون بإبراءِ نفسه عن الدَّينِ يصحّ ، وإن كان عاملاً لنفسه ساعياً في براءة ذمَّته فأرحه بأنّ هذا تمليك وليس بتوكيل ، كما في قوله لامرأته : طلّقي نفسك.

[2]قوله : **أمر**...الخ ؛ لأنَّ تصديقَ الغريم إقرارٌ على نفسه ؛ لأنَّ ما يدفعُ خالصَ حقّه ، إذ الدُّيونُ تقضى بأمثالها ، ومَن أقرَّ على نفسه بشيءٍ أُمِرَ بتسليمِه إلى المقرِّ له ، حتى لو ادَّعى أنّه أوفى الدَّينَ إلى الدَّائنِ لا يُصدَّق ؛ إذ لزمه الدَّفعُ إلى الوكيلِ بإقراره ، ولم يثبت الإيفاءُ بمجرّدِ دعواه ، فلا يؤخِّرُ حقَّه.

وهاهنا إشكالٌ قويٌّ ، وهو أنَّ التوكيلَ بقبضِ الدَّينِ توكيلٌ بالاستقراضِ معنىً ؛ لأنَّ الدُّيونَ تقضى بأمثالها ، فما قبضَه ربُّ الدَّينِ من المديونِ يصيرُ مضموناً عليه ، وله على الغريم مثل ذلك ، فالتقيا قصاصاً ، والتوكيل بالاستقراضِ لا يصحّ.

والجوابُ : إنَّ التوكيلَ بقبضِ الدَّينِ رسالةٌ بالاستقراض من حيث المعنى ، وليس بتوكيلٍ بالاستقراضِ ؛ لأنّه لا بدَّ للتوكيل بقبضِ الدَّين من إضافةِ القبضِ إلى موكّله ، بأن يقول : إنَّ فلاناً وكَّلَني بقبضِ ما له عليك من الدَّين ، كما لا بُدَّ للرسول في الاستقراضِ من الإضافةِ إلى المرسل ، بأن يقول : أرسلني إليك وقال لك : أقرضني

ثمَّ إن كذَّبَهُ الغائبُ دفعَ الغريمُ إليه ثانياً، ورجعَ به على الوكيلِ فيما بقي، وفيما ضاعَ لا

(ثمَّ إن كذَّبَهُ[1] الغائبُ دفعَ الغريمُ إليه ثانياً، ورجعَ به على الوكيلِ فيما بقي[2]، وفيما ضاعَ لا[3])؛ لأنَّ غرضَهُ من دفعِهِ براءةُ ذمَّتِه، فإذا لم يحصلْ غرضُهُ؛ ينقضُ الدَّفع، أمَّا إذا ضاعَ لا يضمنُه؛ لأنَّهُ اعترفَ[4] أنَّهُ محقٌّ في القبض، والاستردادُ أسهلُ من التَّضمين، فلهُ ولايةُ ذلك، لا ولايةُ هذا.

فصحّ ما ادَّعينا أنَّ هذا رسالة معنى، والرسالةُ بالاستقراضِ جائزة. هكذا ذكره في «النهاية» معزياً الى «الذخيرة»، وقال الزيلعيّ ﷺ(1): هذا سؤالٌ حسن، والجواب غير مُخْلصٍ على قولِ أبي حنيفةَ ﷺ، فإنّه لو كان رسولاً لما كان له أن يخاصم. انتهى.

[1]قوله: **ثمّ إن كذّبه**...الخ؛ يعني ثمَّ إن حضرَ الغائب وصدّق فيها، وإن كذّبه دفعَ الغريمُ إلى الدَّائنِ الدَّينَ ثانياً؛ لفسادِ الأداء؛ لأنّه لم يثبت الاستيفاء، حيث أنكرَ الغائبُ الوكالة، والقولُ في إنكارِ الوكالةِ قول ربِّ الدَّينِ مع يمينه؛ لأنَّ الدَّين كان ثابتاً، والمديون يدَّعي أمراً عارضاً، وهو سقوطُ الدَّينِ بأدائه إلى الوكيل، والموكّلُ ينكرُ الوكالة، والقولُ قولِ المنكرِ مع يمينه، وإذا لم يثبت الاستيفاءُ فسدَ الأداء، وهو واجبٌ على المديون، فيجبُ الدَّفعُ ثانياً.

[2]قوله: **فيما بقي**؛ أي إذا كان ما قبضَه الوكيلُ باقياً في يده، ولو كان بقاؤه حكماً بأن استهلكه الوكيل، فإنّه باقٍ ببقاءِ بدله؛ ولذا قال في «الخلاصة»: وإن استهلكَه ضمنَ مثله، فإن ادَّعى الوكيلُ هلاكَه أو دفعَه إلى الموكّل حلَّفه على ذلك، وإن ماتَ الموكّل وورثه غريمه، أو وهبه وهو قائمٌ في يدِ الوكيل أخذَ منه في الوجوه كلّها، وإن كان هالكاً ضمنه، إلا إذا صدّقه على الوكالة. كذا في «المنح»(2).

[3]قوله: **وفيما ضاع لا**؛ يعني إن ضاعَ المالُ في يدِ الوكيلِ لا يرجعُ المديونُ على الوكيل.

[4]قوله: **لأنّه اعترف**...الخ؛ يعني إذا صدَّقَ المديون، فقد اعترفَ أنَّ الوكيل محقٌّ

---

(1) في «تبيين الحقائق»(4: 282).

(2) «منح الغفار»(ق2: 152/أ).

إلاَّ إذا كان ضَمِنَهُ عند دفعِه

(إلاَّ إذا كان[١] ضَمِنَهُ عند دفعِه

في القبضِ وهو مظلومٌ في أخذِ ربِّ الدَّين ثانياً، والمظلومُ لا يظلمُ غيره، فلا يأخذُ من الوكيلِ بعد الهلاك؛ لأنَّ الوكيلَ في زعمه محقٌّ في قبضِ الدَّينِ عنه، وبعدما هلكَ المدفوعُ الأخذُ منه ظلمٌ، فإن قبل هذا الوجه يقتضي أن لا يرجعَ عليه إذا كان العينُ في يدِهِ أيضاً.

قلنا: إذا كان العينُ باقيةً في يدِهِ أمكنَ نقضُ قبضِه، فيرجعُ بنقضِه إذا لم يحصلْ غرضُهُ من التسليم، وأمَّا إذا هلكت فلم يمكن نقضُهُ فلم يرجعْ عليه، بقي هاهنا شيءٌ وهو أنَّ أحدَ الابنين إذا صَدَّقَ المديونَ في دعواه الإيفاءُ للميِّت، وكذَّبه الآخر، ورجعَ المكذَّبُ عليه بالنصف، فإنَّ للمديونِ الرُّجوع على المصدِّق بالنصف إن كان للميِّت تركةٌ غير الدين، مع أنّه في زعمِهِ أن المكذِّب ظالم، وقد يجابُ عنه بأنَّ الرجوعَ على المصدِّق؛ لكونِهِ أقرَّ على أبيه بالدَّين.

[١]قوله: **إلا إذا كان...** الخ؛ يعني إلاَّ إذا كان الغريمُ ضَمَّنَ الوكيلَ عند دفعه، فحينئذٍ يرجعُ الغريم على الوكيل بمثلِ ما دفعه، فقوله: ضَمِنَه؛ يجوز أن يكون بالتشديدِ أو بالتخفيف، فالمعنى بالتشديد: إلاَّ إذا كان الغريمُ جعلَ الوكيل ضامناً بأن قال عند دفعه: إن حضرَ الغائب أنكر وكالتك، وأخذ منّي ثانياً، فأنت ضامنٌ بهذا المال، فقال: أنا ضامن.

والمعنى بالتخفيف: إلاَّ إذا كان الوكيلُ صارَ ضامناً بهذا المال، بأن قال: إن حضرَ الغائبُ وأنكرَ التوكيلَ وأخذَ عنه ثانياً، فإنّي ضامنٌ بهذا المال، واختارَه الشارحُ ﷺ فيصيرُ الوكيلُ كفيلاً بمالِ قبضَه الدائن المنكر ثانياً؛ لأنَّ إضافةَ الضَّمانِ إلى زمانِ القبضِ جائزٌ لا بمالِ قبضَه الوكيل أوَّلاً؛ لأنّه أمانةٌ في يدِهِ بتصادقِهما على أنّه وكيل، والأماناتُ لا تجوزُ بها الكفالةُ. كما صرَّحوا به(١).

ووجهُ الرُّجوع: إن المأخوذَ ثانياً مضمونٌ على ربِّ الدَّينِ في زعمِ الوكيل والمديون، وهذه كفالةٌ أضيفت إلى حالةِ القبض فتصحّ، واعلم أنَّ ظاهرَ المتنِ أنّه لا

---

(١) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٢٤٥).

أو دفعَ إليه على ادِّعائهِ غيرَ مصدِّقٍ وكالَتَه، وإن كان مودِعاً لم يؤمرْ بدفعِها إليه

أو دفعَ إليه[1] **على ادِّعائهِ غيرَ مصدِّقٍ وكالَتَه)**، بأن قال الوكيل: إذا حضرَ الغائب، وأنكرَ التَّوكيلَ، فإنِّي ضامنٌ لهذا المالِ أو الغريم دفعَهُ بناءً على دعوى الوكيلِ من غيرِ أن يصدِّقَ وكالتَهُ، ففي هاتيْن الصُّورتينِ إن أنكرَ الغائبُ فالغريمُ يضمنُ الوكيلَ إن ضاعَ المال.

(وإن كان[2] **مودِعاً لم يؤمرْ**[3] **بدفعِها إليه)**

رجوعَ على الوكيلِ حالة الهلاك، إلاَّ إذا ضَمِن، وليس كذلك، بل الحكمُ كذلك إذا قال: قبضتُ منك على أنّي أبرأتك من الدَّين. كما في «التنوير»(١).

وقال في «المنح»(٢) نقلا عن «الخلاصة» و«البَزَّازيّة»: إلاَّ إذا كان الغريم قال: أخاف إن حضرَ الدَّائن أن يكذّبك فيها، وضَمِنَه أو قال مدَّعي الوكالة: أقبِضُ منك على أنّي أبرأتك من الدَّين، كما إذا قال الأب للختنِ عند أخذِ صداقِ بنته: آخذ منك على أنّي أبرأتُك من مهرِ بنتي، فإن أخذت البنتُ من الختنِ الصداق، رجعَ الختنُ على الأب. انتهى.

[١]قوله: **أو دفع إليه**...الخ؛ معطوفٌ على قوله: كان ضَمِنَه؛ يعني إذا كان الغريمُ لم يصدِّق وكالتَه، ودفعَ المالَ إليه على ادّعائه للتوكيل، فإن رجعَ صاحبُ المال على الغريم رجعَ الغريمُ على الوكيل؛ لأنّه لم يصدِّقه في الوكالة، وإنّما دفعَ المال إليه على احتمالِ أن يكون وكيلاً، ولم يرضَ بقبضه إلاَّ لقضاءِ دينه تحصيلاً لبراءةِ ذمَّته، فإذا لم يحصلْ وانقطعَ الرجاء رجعَ به عليه.

ولا فرقَ في ذلك بين أن يكذّبه صريحاً أو يسكت؛ لأنَّ عدمَ التصديق يشملُ الصورتين، وزعمه فيما إذا كذَّبَه أنّه قبضٌ بغير حقّ، وإن قبضَه يوجبُ الضمان، وكذا إن لم يصدِّقه ولم يكذِّبه؛ لأنَّ الأصل عدمُ التصديق.

[٢]قوله: **وإن كان**...الخ؛ أي وإن كان الوكيلُ قال: إنّي وكيلٌ بقبضِ الوديعةِ فصدَّقه لم يؤمر المودعُ بدفعِ الوديعة إلى ذلك الوكيل.

[٣]قوله: **لم يؤمر**؛ هذا هو المذهب، وروي عن أبي يوسفَ ﷺ: إنّه يؤمرُ بدفع

(١) «تنوير الأبصار»(ص١٦٠).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٥٣/ب).

ولو قال: تركها المودعُ ميراثاً لي، وصدَّقه المودع، أُمِرَ بالدَّفعِ إليه، ولو ادَّعى الشِّراءَ منه لم يؤمر، ومَن وُكِّلَ بقبضِ مال، وادَّعى الغريمُ قبضَ دائنِه، دفعَ إليه، واستحلفَ دائنَهُ على قبضِهِ لا الوكيلَ على العلمِ بقبضِ الموكِّلِ الدَّين

أي إن كان مصدِّقُ الوكيل مودعاً لم يؤمرْ بدفعِ الوديعةِ إلى مدَّعي الوكالة؛ لأنَّ تصديقَهُ إقرارٌ على الغير، بخلافِ الدَّينِ[1] فإنَّ الدُّيونَ تقضى بأمثالها، والمثلُ ملكُ المديون.

(**ولو قال[2]: تركها المودعُ ميراثاً لي، وصدَّقه المودع، أُمِرَ بالدَّفعِ إليه**): أي إن ادَّعى أنَّ المودعَ مات، وتركَ الوديعةَ ميراثاً لي وصدَّقَهُ المودع، أُمِرَ بالدَّفعِ إليه[3].

(**ولو ادَّعى الشِّراءَ منه لم يؤمر**): أي ادَّعى أنَّهُ اشترى من المودعِ، وصدَّقهُ المودع، لم يؤمرْ بدفعِ الوديعةِ إلى المدَّعي؛ لأنَّ المدِّعي أقرَّ بملكِ الغير، والغيرُ أهلٌ للملكِ؛ لأنَّهُ حيٌّ فلا يصدَّقُ في دعوى البيعِ على ذلك الحيِّ، بخلافِ مسألةِ الإرث؛ لأنَّهما اتَّفقا على موتِ المودعِ، فكانَ هذا اتِّفاقاً على أنَّهُ ملكُ الوارث.

(**ومَن وُكِّلَ بقبضِ مال، وادَّعى الغريمُ قبضَ دائنِه، دفعَ إليه، واستحلفَ دائنَهُ على قبضِهِ لا الوكيلَ على العلمِ بقبضِ الموكِّلِ الدَّين**)

الوديعة، وروى ابن سماعةَ ﷺ عن محمّد ﷺ: إنَّ الوكيلَ يقبض العينَ إذا صدَّقه صاحبُ اليد، يجيبه بالتسليمِ إليه كالدَّين. والتفصيل في «شرح الجامع الصغير» لقاضي خان.

[1]قوله: **بخلاف الدَّين**؛ أي بخلافِ ما إذا صدَّق الوكيلُ بقبضِ الدَّين، حيث يؤمرُ هناكَ بالتسليم إليه.

[2]قوله: **ولو قال...الخ**؛ فإن قلت: قد ذكرت هذه المسألة في مسائل شتى من «كتاب القضاء»، فذكرها هاهنا تكراراً، قلت: ذكرها هنالك باعتبارِ القضاء، وهاهنا باعتبارِ الدَّعوى، واختلافُ الجهة منفٍ للتكرار.

[3]قوله: **أمر بالدَّفع إليه**؛ لأنَّ ملكَه قد زالَ بموتِه، واتَّفقا أنّه مال الوارث، فيدفعُه إليه، ولو ادَّعى رجلٌ أنَّ صاحبِ المال مات، ولم يدَّعِ وارثاً، وإنّه أوصى له بما في يدِ رجلٍ من عينٍ أو دين، وصدَّقَه الذي في يدِه المال يُؤمَرُ بالتسليم إليه بعد التَّلَوُّم؛

ولا يردُّ الوكيلُ بعيبٍ قبلَ حلفِ المشتري، لو قال البائعُ: رضيَ هو به

أي جاءَ الوكيلُ بقبضِ الدَّينِ من المديون، فادَّعى المديونُ أنَّ الدَّائنَ قد قبضَ دينَه، ولا بيِّنةَ له، يؤمرُ بالدَّفعِ إلى الوكيل[١]، فإذا حضرَ الدَّائن، وأنكرَ القبضَ يستحلفُ، ولا يستحلفُ الوكيلُ بأنَّكَ لا تعلمُ أنَّ الموكِّل قد قبضَ الدَّين؛ لأنَّ الوكيلَ نائبٌ له[٢].

أقول: إن ادَّعى المديونُ أنَّكَ تعلمُ أنَّ الموكِّلَ قد قبضَ الدَّين، وأنكرَ الوكيلُ العلمَ ينبغي أن يستحلفَ لأنَّهُ ادَّعى أمراً لو أقرَّ بهِ الوكيلُ يلزمُهُ، ولم يبقَ لهُ طلبُ الدَّين، فإذا أنكرَهُ يستحلف.

(**ولا يردُّ الوكيلُ بعيبٍ قبلَ حلفِ المشتري، لو قال البائعُ: رضيَ هو به**)، وكَّلَ المشتري رجلاً بردِّ المبيعِ بالعيبِ، وغابَ المشتري، فأرادَ الوكيلُ الرَّدّ، فقال البائع: رضيَ المشتري بالعيب، فالوكيلُ لا يردُّ بالعيبِ حتى يحلفَ المشتري أنَّه لم يرضَ بالعيب.

لأنَّه لَمّا ادّعى أنّه لم يتركْ وارثاً يُنَزَّل مَنْزلةَ الوارث، فيدفعُ إليه بعد التَّلَوُّم، كما يدفعُ إلى الوارثِ بعد التَّلَوُّم؛ لاحتمالِ أن يكون له وارثٌ آخر، ولو لم يقرَّ مَن في يدِه المال، بل أنكرَ موته أو قال: لا أدري، لم يؤمر بالتسليمِ إليه ما لم تقم البيِّنة. وزيادةُ التفصيل في «التبيين»(١)، و«البحر»(٢)، وغيرهما.

[١] قوله: **يؤمرُ بالدَّفعِ إلى الوكيل**؛ لأنَّ الوكالةَ قد ثبتت بالتصادق، والاستيفاءِ لم يثبت بمجرَّد دعواه، فلا يؤخِّر حقَّ القبض، وقد جعلوا دعواه الايفاء لربِّ الدَّينِ جواباً للوكيلِ إقراراً بالدَّين وبالوكالة، وإلاَّ لما اشتغلَ بذلك، كما إذا طلبَ منه الدائن وادَّعى الإيفاءَ فإنّه يكون إقراراً بالدَّين، وكما إذا أجابَ المدَّعي، ثمَّ ادَّعى الغلطَ في بعضِ الحدود فإنّه لا يقبل؛ لأنَّ جوابه تسليمٌ للحدود. كذا في «البحر»(٣) نقلاً عن دعوى «منية المفتي».

[٢]قوله: **لأنَّ الوكيل نائبٌ له**؛ يعني أنَّ المطلوبَ يدَّعي حقاً على الموكِّل لا على

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٨٤).

(٢) «البحر الرائق»(٧: ١٨٤).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ١٨٥).

ومن دفعَ إلى آخرَ عشرةً ينفقَها على أهلِه، فأنفقَ عليهم عشرةً له، فهيَ بها

والفرقُ بين هذه المسألة ومسألةِ الدَّين: أنّ التَّداركَ ممكنٌ[1] في مسألةِ الدَّينِ باستردادِ ما قبضَهُ الوكيلُ إذا ظهرَ الخطأُ عند نكولِ ربِّ الدَّين، وهاهنا غيرُ ممكن؛ لأنَّ القضاءَ بفسخِ البيعِ يصحُّ وإن ظهرَ الخطأ عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأن القضاءَ ينفذُ ظاهراً وباطناً عنده، فلا يستحلفُ المشتري بعد ذلك، وأمَّا عندهما: فقد قالوا: يجبُ أن يردَّ بالعيبِ كما في مسألةِ الدَّين؛ لأنَّ[2] التَّداركَ ممكنٌ عندهما لبطلانِ القضاءِ، وقيل: الأصحُّ عند أبي يوسفَ ﷺ أن يؤخِّرَ الرَّدَّ[3] في الفصلين إلى أن يستحلف.

(**ومن دفعَ إلى آخرَ عشرةً ينفقَها على أهلِه، فأنفقَ عليهم عشرةً له، فهيَ بها**[4])

الوكيل، فلو حلَّفنا الوكيل لحلَّفناه بطريقِ النيابة، والنيابة لا تجري في الأيمان. كما تقرَّر في موضعه.

[1]قوله: **ممكن**...الخ؛ لأنَّ القضاءَ لم ينفذْ باطناً؛ لأنّه ما قضى إلاّ بمجرَّد التسليم، فكان كالقضاءِ بالأملاكِ المرسلة. كذا في «الكفاية»(١).

[2]قوله: **لأنَّ**...الخ؛ تقريره: إنَّ قضاءَ القاضي في العقودِ والفسوخ ينفذُ ظاهراً وباطناً عند الإمام، ومتى نفذَ القضاءُ بالفسخِ ظاهراً وباطناً لا يكون للبائع أن يستحلفَ المشتري إذا حضرَ على الرِّضاء؛ لأنّه لا فائدةَ إن نكلَ إذ لا يجوزُ فسخ القضاء.

[3]قوله: **أن يؤخّر الردّ**...الخ؛ فإنَّ من مذهبِهِ أنَّ القاضي لا يردُّ المبيعَ على البائع إذا كان المشتري حاضراً وأرادَ الردَّ ما لم يستحلفه: بالله ما رضيتَ بهذا العيب، وإن لم يدَّع البائع، فإذا كان المشتري غائباً لا يردُّ عليه القاضي أيضاً حتى يستحلف؛ صيانة للقضاءِ عن البطلان، ونظراً للبائع والمديون، فصار عنه روايتان، روايةٌ مثل قول محمّد ﷺ، وفي رواية: يؤخِّر فيهما. كذا في «الكفاية»(٢)، وغيرها.

[4]قوله: **فهي بها**؛ أي فالعشرةُ التي أنفقها الوكيلُ من عندِ نفسِهِ بمقابلةِ العشرةِ التي أخذها من الموكِّل، فلا يكون متبرِّعاً.

---

(١) «الكفاية»(٧: ١٢٥ - ١٢٦).

(٢) «الكفاية»(٧: ١٢٦).

....

قيل: هذا[١] استحسان، وفي القياسِ يصيرُ متبرِّعاً[٢] بإنفاق ما هو ملكُه، وجهُ الاستحسان: أنَّ الوكيلَ بالإنفاق، وكيلٌ بالشِّراء، والحكمُ فيه ما ذكرنا.

[١]قوله: قيل: هذا...الخ؛ وقيل: القياس والاستحسان في قضاءِ الدَّين؛ لأنّه ليس بشراء، وأمّا الإنفاقُ يتضمّن الشراء، فلا يدخلانه. كذا في «الهداية»(١).

[٢]قوله: يصيرُ متبرِّعاً...الخ؛ أي فيما أنفقَ من ماله، ويردُّ الدرهمَ المأخوذةَ من الموكّل عليه، وإن استهلكها ضمن؛ لأنَّ الدَّراهمَ تتعيَّن في الوكالات، حتى لو هلكت قبل الإنفاقِ بطلت الوكالة، فإذا أنفقَ من مالِ نفسِهِ فقد أنفقَ بغيرِ أمره، فيكون متبرِّعاً.

(١) «الهداية»(٣: ١٥٣).

باب عزل الوكيل

للموكِّلِ عزلُ وكيلِه، ووُقِفَ على علمِه

باب عزل الوكيل[1]

(للموكِّلِ عزلُ وكيلِه[2]، ووُقِفَ على علمِه[3]

[1]قوله: **بابُ عزل الوكيل**؛ أخَّرَ العزلَ عن الوكالة؛ لأنّه يقتضي سبقَ ثبوتِها، وهو رافعُها فناسبَ ذكره آخراً.

[2]قوله: **للموكِّلِ عزلُ وكيله** متى شاء؛ لأنَّ الوكالةَ منعقدة، وله أن يسقطَه إلاَّ إذا كان الوكيلُ وكيلاً بالخصومةِ بإلتماسِ الطالب، فكان الطالبُ غائباً لما في عزلِهِ حينئذٍ من إبطالِ حقِّ الطالب، وصارت هذه الوكالةُ كالوكالةِ المشروطةِ في عقدِ الرهن، من حيث أنَّ الراهن لا يملكُ عزلَ الوكيلِ لما فيه من إبطالِ حقِّ المُرْتَهِن.

بخلاف ما لو كان الطالبُ حاضراً، فإنَّ حقَّه لا يبطل؛ لأنّه إن لم يمكنه طلبُهُ مع الوكيلِ أمكنَه مع الموكِّل، وبخلاف ما لو كان التوكيلُ بغيرِ إلتماسِ الطالب؛ لأنّه رضيَ ببطلان حقّه، حيث لم يلتمس وكيلاً مع علمِهِ أنَّ الموكِّلَ ربَّما يغيبُ فلا يمكِّنُهُ الخصومةَ معه.

[3]قوله: **ووُقِف على علمه**؛ أي توقّف انعزالُ الوكيلِ على علمه، وقال الشافعيّ ﷺ في الأصح، ومالك ﷺ في رواية، وأحمد ﷺ في رواية: لا يتوقّفُ عزلُ الوكيلِ على علمه؛ لأنَّ الموكِّلَ بعزلِ الوكيلِ مسقطٌ لحقِّ نفسه؛ لأنَّ الوكالة حقُّ الموكِّل، والمرءُ ينفردُ بإسقاطِ حقِّ نفسه، وصار كالطَّلاقِ والعتاق، فإنّه يجوزُ بدونِ علمِ المرأةِ والعبد.

ولنا: إنَّ في عزلِهِ بدون علمِه إضرارٌ به؛ لأنّه ربَّما يتصرَّف بناءً على أنّه وكيلٌ، وينقدُ الثمنَ من مالِ الموكِّل، أو يُسَلِّم المبيعَ فيضمنُه؛ ولأنَّ العزلَ خطابٌ ملزمٌ للوكيل التصرُّف، وحكمُ الخطابِ لا يثبتُ في حقِّ المخاطبِ ما لم يعلم به.

كخطابِ الشرع، فإنّه إذا نسخَ لا يثبتُ حكمُ النَّسخِ حتى يبلغَ المكلَّف، ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاحِ وغيره، وينعزلُ الرسولُ قبل علمه بالعزل؛ لأنّه مبلِّغ عبارة المرسل، وناقلٌ لها، فيكون عزله رجوعاً لمرسلِه عن الإيجاب.

وتبطلُ الوكالةُ

وتبطلُ[1] الوكالةُ

ولـه ذلك قبل القبول بخلاف الوكيل، فإنّه يعقدُ بعبارتِهِ من نفسِه، وإن كانت الحقوقُ لا ترجعُ إليه كما في النكاح، ولو عزلَ الوكيلُ نفسَه بغيرِ علمِ الموكِّلِ لا ينْعزل، وعند الشافعيّ ومالك في رواية، وأحمد ﷺ: ينعزل، وعن مالك ﷺ: إن كان في عزلِهِ ضررٌ على موكِّله لا ينعزلُ بدون علمه. كذا في «كمال الدراية»(١).

[١]قوله: وتبطل...الخ؛ لأنَّ الوكالةَ عقدٌ جائزٌ غير لازم، فكان لبقائهِ حكمُ الابتداء، فيشترطُ لقيامِ الأمرِ في كلِّ صاحب للابتداء، واعلم أنّ المصنّف ﷺ أطلق الحكمَ تبعاً لصاحب «الهداية»(٢)، وغيره.

لكن لا بُدَّ من استثناء عدَّة مسائل من هذا الأصل، وهي ما إذا وَكَّلَ الراهنُ العدلَ أو المُرْتَهِنُ ببيعِ المُرْتَهَن عند حلول الأجل، فلا ينعزلُ بموتِ الموكِّل وحياته، كالوكيل بالأمر باليد، والوكيلُ ببيعِ الوكالة، كما استثناها صاحب «التنوير»(٣).

وقال في «البَزَّازيّة»: قولهم: ينعزلُ بجنونِ الموكِّل وموتهِ مقيَّدٌ بالموضع الذي يملك الموكِّلُ عزلَ وكيله، فأمّا في الرهن إذا وَكَّل الرَّاهنُ العدلُ أَوَ المُرْتَهِن ببيعِ الرهنِ عند حلولِ الأجل، أو الوكيل بالأمرِ باليد، لا ينعزل وإن ماتَ الموكِّل أو جنَّ، والوكيل بالخصومة بإلتماسِ الخصمِ ينعزلُ بجنونِ الموكِّل وموته، والوكيل بالطلاق ينعزلُ بموتِ الموكِّل استحساناً لا قياساً. انتهى. ولذا قيَّد الشُّمُنِّيُّ ﷺ(٤) الوكالةَ هاهنا بقوله: التي هي ليست بلازمة. انتهى.

وقال في «البحر»(٥): يفرَّقُ في الوكالةِ [اللازمة] بين وكالةٍ ووكالةٍ، فالوكالةِ ببيع الرهنِ لا تبطل بالعزل حقيقيّاً كان أو حكميّاً، ولا بالخروج عن الأهليَّة بالجنونِ والردَّة

---

(١) «كمال الدراية»(ق٥١٦).

(٢) «الهداية»(٣: ١٥٣).

(٣) «تنوير الأبصار»(ص١٦١).

(٤) في «كمال الدراية»(ق٥١٦).

(٥) «البحر الرائق»(٧: ١٨٩).

بموتِ أحدِهما، وجنونِهِ مطبقاً

بموتِ أحدِهما[١]، وجنونِهِ مطبقاً[٢])؛ الجنونُ المطبقُ[٣] شهرٌ عند أبي يوسفَ ﷺ، وعنه: إنَّه أكثرُ من يومٍ وليلةٍ، وعندَ محمَّدٍ ﷺ حول، فقدَّرَ به احتياطاً(١)

وفيما عداها من اللازمةِ لا تبطل بالحقيقيّ، وتبطلُ بالحكميّ وبالخروج عن الأهليّة. انتهى.

[١]قوله: بموت أحدهما؛ قال في «ملتقى الأبحر»(٢): وتبطلُ الوكالةُ بموتِ الموكِّل. انتهى. وقال في «مجمع الأنهر»(٣): هذا أولى من عبارة «الوقاية»: بموت أحدهما؛ لأنّه قال صاحب «الدرر»: «ولمّا لم يكن لذكرِ الوكيلِ هاهنا فائدة تركتُه»(٤).

لكن يمكن أن يقال: إن الوكيلَ لو ماتَ فحقُّ الردّ بالعيب لوارثهِ أو وصيّه، وإن لم يكن فللموكِّل في رواية، ولوصيِّ القاضي في أُخرى، كما في القُهُسْتانِيّ ﷺ(٥)، ففيه فائدة. انتهى. ولذا اختار المصنّف ﷺ هذه العبارة.

[٢]قوله: مطبقاً؛ أي مستوعباً من أطبقَ الغيمُ السماءَ إذا استوعبها، وقد تقدَّم ذكره، وقيَّدَ الجنونَ بالإطباقِ ليكونَ كالموت؛ لأنَّ قليلَه كالإغماء.

[٣]قوله: المطبق...الخ؛ حدُّ المطبق شهرٌ عند أبي يوسف ﷺ؛ لأنّه يسقطُ به الصوم، وفي روايةٍ عنه: حدُّه أكثرُ من يومٍ وليلة؛ لأنّه تسقطُ به الصلوات الخمس، وعند محمَّدٍ ﷺ: حدَّه حولٌ كاملٌ، وهو الصحيح. كذا في «الكافي»، وغيرُه؛ لأنَّ استمرارَهُ حولاً كاملاً مع اختلافِ فصولِهِ آية استحكامه؛ ولأنَّ ما دونَ الحولِ لا يمنعُ وجوبَ الزكاة، فلا يكون في معنى الموت. وذكرَ البِرْجَنْدِيُّ نقلاً عن «الخلاصة»: حدُّ الجنونِ المطبقِ عند أبي حنيفةَ ﷺ شهر، وفي «الخزانة» قيل: حدُّ الجنونِ المطبقِ مقدارُ ستَّة أشهر. انتهى.

---

(١) وهو الصحيح؛ لأن استمراره حولاً مع اختلاف فصوله آية استحكامه؛ ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٥٢٤).

(٢) «ملتقى الأبحر»(ص١٤١).

(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ٢٤٧).

(٤) انتهى من «درر الحكام»(٢: ٢٩٤).

(٥) في «الجامع»(٢: ١٣١).

ولحاقُهُ بدارِ الحربِ مرتدًّا، وكذا بعجزِ موكِّلِهِ مكاتباً، وحجرِهِ مأذوناً، وافتراقِ الشَّريكين

(**ولحاقُهُ**[1] **بدارِ الحربِ مرتدًّا، وكذا**[2] **بعجزِ موكِّلِهِ مكاتباً، وحجرِهِ مأذوناً، وافتراقِ الشَّريكين**): أي أحدُ الشَّريكين وكَّلَ ثالثاً بالتَّصرُّفِ في مالِ الشَّرِكةِ فافترقا، يبطلُ الوكالة

[1]قوله: ولحاقه...الخ؛ والمراد بلحاقِهِ مرتدًّا إذا حكمَ الحاكم به؛ لأنّ لحاقه لا يثبتُ إلاَّ بحكمِ الحاكم، وحينئذٍ تبطلُ الوكالةُ باتّفاقهم، وأمَّا قبلَ الحكمِ فموقوفةٌ عند أبي حنيفةَ ؛ لأنَّ تصرُّفاتِ المرتدِّ عنده موقوفة، فكذا وكالتُه.

فإن أسلمَ نفذت، وإن قتل أو لحقَ بدارِ الحربِ بطلت ونفذت عندهما؛ لأنَّ تصرّفاتَه نافذةٌ فلا تبطلُ الوكالة إلاَّ أن يموتَ أحدُهما أو يُقْتَلُ على رِدَّتِهِ أو يُحْكَمُ بلحاقه، ولو كان الموكِّلُ امرأةً فارتدّت، فالوكيلُ على وكالتِه حتى تموت، أو تلتحق بدار الحرب؛ لأنّه لا أثر لردَّتِها في عقودِها؛ لأنَّ ردَّتَها ليست سبباً لهلاكها.

ولو عادَ الوكيلُ مسلماً بعد الحكمِ بلحاقه لم تعدّ الوكالة عند أبي يوسف ؛ لأنَّ القضاءَ بلحاقِهِ كالقضاء بموته، وذلك إبطالٌ منه للوكالة فكذا هذا، وبعدما تأكّد بطلانُ الوكالةِ بالقضاءِ لا تعودُ إلاَّ بتجديدها، وعادت عند محمَّد ؛ لأنَّ هذه الوكالة حقُّ الموكِّل، وحقُّهُ قائمٌ بعد لحاقه بدار الحرب، ولكنّه عجزَ عن التعرف لعارضٍ على شرفِ الزوال، فإذا زالَ صار كأن لم يكن، فكان الوكيل على وكالته.

ولو ارتدَّ الموكِّلُ ولحقَ بدار الحرب وقضي بلحاقه وعادَ مسلماً لم يعدْ الوكيلُ إلى وكالته خلافاً لمحمَّد ، فأبو يوسفَ سوّى بين الموكِّل والوكيل، ومحمّد فرَّق بأنَّ الوكالة تعلَّقت بملكِ الموكِّل، وقد زالَ ملكُهُ بردَّتهِ ولحاقه، فبطلت الوكالة، وبردَّةِ الوكيل لم يزلْ ملك الموكِّل، فكان محلُّ تصرُّفِ الوكيل باقياً، ولكنّه عجزَ لعارض، فإذا زال صار كأنّه لم يكن(1).

[2]قوله: وكذا؛ تبطل وكالة الوكيل بعجزِ موكّله حال كونِهِ مكاتباً بأن وكَّل مكاتَبٌ وكيلاً، ثمَّ عجز.

---

(1) ينظر: «كمال الدراية»(ق٥١٧).

وإن لم يعلمْ به وكيلُهُم

(وإن لم يعلمْ به وكيلُهُم[1]): أي وكيلُ المكاتبِ والمأذون وأحدُ الشَّريكين

وحجره؛ أي وكذا تبطلُ وكالة الوكيل بحجره على موكّله حالَ كونِه مأذوناً، بأن وكَّلَ وكيلاً ثمَّ حجرَ على ذلك المأذون وليّه، وهذا في الوكيل بالعقودِ أو الخصومات.

وأمّا الوكيلُ بقضاءِ الدَّينِ أو اقتضائه فلا ينعزلُ بعجزِ المكاتب، ولا بحجرِ المأذون؛ لأنَّ كلا من الحجرِ والعجزِ يوجبُ الحجرَ عليه في إنشاءِ التصرُّف، فيخرجُ وكيلَه عن الوكالة من ذلك، ولا يوجب الحجر عليه في قضاء الدَّين، ولا في اقتضائه، فلا ينعزلُ في ذلك، ذكره الشُّمُنِّيُّ [1]، وغيره، فلا بُدَّ من تقييدِ المسألةِ بما ذكرنا؛ لأنَّ الإطلاقَ يوجبُ العموم، وهو كما ترى.

وافتراقُ الشريكين؛ أي وكذا تبطل وكالةُ الوكيلِ بافتراقِ المتشاركين، قال البِرْجَنْدِيُّ: كذا قاله المصنِّف ، وفي بعض شروح «الهداية»: إنّه يبطل الوكالة في حقِّ الشريك الذي لم يوجد منه التوكيلُ صريحاً، وإنّما صارَ وكيلاً عنه بسبب الشركة، فلو وكَّلَه الشريكانُ صريحاً ينبغي أن لا ينعزلَ بافتراقهما. انتهى.

وقال في «مجمع الأنهر»[2]: وإطلاقه شاملٌ ما إذا افترقا ببطلانِ الشركةِ بهلاكِ المالين أو أحدهما بما قبل الشراء، فإنَّ الشركةَ تبطلُ به، فتبطلُ الوكالةُ الضمنيّة، وأمّا إذا وكَّل الشريكانُ أو أحدهما وكيلاً للتصرُّفِ في المال، فلو افترقا فالعزل في حقِّ غير الموكِّل منهما إذا لم يصرِّحا بالإذنِ في التوكيل، وتمامه في «البحر»[3] فليطالع. انتهى.

[1]قوله: وإن لم يعلم به؛ أي بما ذكرَ من العجزِ والحجر عليه والافتراق؛ لأنَّ بقاءَ الوكالةِ يعتمد قيامُ الأمر، وقد بطلَ بعجز الموكِّلِ والحجرِ عليه والافتراق، فكان عزلاً حكميّاً بهذه الأشياء، فلا يتوقَّفُ على العلم بها؛ لأنَّ العلمَ شرطٌ للعزلِ القصديِّ لا للعزل الحكميّ.

---

(١) في «كمال الدراية»(ق٥١٧).

(٢) «مجمع الأنهر»(٢: ٢٤٨).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ١٩٠).

وبتصرُّفِ موكِّل فيما وكَّلَ بِهِ

(وبتصرُّفِ[1] موكِّل فيما وكَّلَ بِهِ): أي سواءٌ لم يبق محلاً للتَّصرُّف، كما إذا وكَّلَه بالإعتاقِ فأعتقه أو بقيَ محلاً، كما لو وكَّلَهُ بنكاحِ امرأةٍ، فنكحَها الموكِّلُ ثمَّ أبانَها لم يكنْ للوكيلِ أن يزوِّجَها للموكِّل.

[1]قوله: بتصرف...الخ؛ أي وكذا تبطلُ وكالةُ الوكيلِ بتصرُّفِ الموكِّل فيما وكَّل به تصرُّفاً يعجزُ الوكيلَ عن الإمساكِ به، مثل أن يوكِّلَه ببيعِ عبدِهِ ثم يبيعُه أو يدبِّرُه أو يكاتبُه.

وقيَّدنا التصرُّفَ بهذا؛ لأنّه لو وكَّلَ وكيلاً بطلاقِ امرأتِهِ فطلّقها الموكِّلُ ثلاثاً أو واحدةً وانقضت عدَّتُها بطلت الوكالةُ بعجز الوكيلِ عن الامتثال، ولو تزوَّجها الموكِّلُ بعد ذلك ليس للوكيلِ أن يطلِّقها، وإن كان للموكِّل ذلك؛ لأنَّ تطليقها حينئذٍ بسببٍ جديد، وهو حاصلٌ للموكِّل دون الوكيل.

ولو وكَّله بتزويجِ امرأةٍ فتزوَّجها بنفسِهِ ثمَّ طلَّقها فليس للوكيل أن يزوِّجَه إيّاها؛ لانقضاءِ حاجةِ الموكِّل بخلافِ ما لو تزوَّجَها الوكيلُ ثم أبانَها حيث يجوزُ له أن يزوِّجَها من الموكِّل؛ لبقاءِ حاجته.

ولو وكَّله بالخلعِ فخلَعها الزوجُ خرجَ الوكيلُ عن الوكالة؛ لأنَّ الخلعَ بعد الخلعِ لا يصحّ.

ولو وكَّله بتطليقِها فخلعها الزوجُ لا يخرجُ الوكيلُ عن الوكالةِ ما دامت في العدَّة؛ لأنَّ طلاقَ الزوجِ يقعِ عليها في هذه الحالة، فيبقى الوكيلُ على وكالتِه فيها؛ والأصلُ في هذا: إنّ ما كان الموكِّلُ فيه قادراً على الإيقاعِ كان وكيلُه أيضاً قادراً على الإيقاع، فتبقى الوكالةُ على حالها، وإلاَّ فلا. كذا في «كمال الدراية»(1)، وغيرها.

وهاهنا أقوالٌ عديدةٌ وأبحاثٌ مفيدةٌ تركناها خشيةً عن التطويل، إن شئتَ فارجعْ إلى المبسوطات، فإنَّ فيها ما هو شفاءٌ لكلِّ عليل.

---

(1) «كمال الدراية»(ق٥١٧).

كتاب الدعوى[1]

[1]قوله: كتاب الدعوى؛ لَمّا كانت الوكالةُ بالخصومةِ لأجلِ الدَّعوى ذكرَ الدعوى عقيبَ الوكالة؛ لأنَّ المسبَّبَ يتلو السبب، والدَّعوى في اللُّغةِ عبارةٌ عن إضافةِ الشيء إلى نفسِهِ مطلقاً من غير تقييدٍ بمنازعةٍ أو مسالمة، مأخوذاً من قولهم: ادَّعى فلان، إذا أضافَهُ إلى نفسِهِ إذا قال: لي.

قال في «المصباح المنير»[1]: ادَّعيتُ الشيء: تمنيتُه، وادَّعيته: طلبته لنفسي، والاسمُ الدّعوى، ودعوى فلان كذا: أي قوله، قال ابن الفارس ﷺ: الدعوة المَرَّة، وبعضُ العربِ يؤنّثها بالألف، فيقول: الدعوى.

وقد يتضمَّنُ الادعاءُ معنى الإخبار، فتدخلُ الباءُ جوازاً، فيقال: فلانٌ يدَّعي بكرمِ فعالِه: أي يخبرُ بذلك عن نفسه، وجمعُ الدَّعوى الدَّعاوى، بكسر الواو؛ لأنّه الأصلُ كما سيأتي، وبفتحِها محافظةً على ألفِ التأنيث.

قال بعضهم: الفتحُ أولى؛ لأنَّ العربَ آثرتِ التخفيفَ ففتحَت وحافظَت على ألفِ التأنيثِ التي بُنِي عليها المفرد، وبه يشعرُ كلامُ أبي العبَّاسُ أحمدُ بن وَلاَّدٍ، ولفظُهُ: وما كان على فُعْلَى بالضمِّ أو الفتحِ أو الكسر، فجمعُهُ الغالبُ الأكثر: فَعَالَى، بالفتح، وقد يكسرونُ اللاَّم في كثيرٍ منه.

وقال بعضهم: الكسرُ أولى، وهو المفهومُ من كلامِ سيبويه ﷺ؛ لأنّه يثبتُ أنَّ ما بعد ألفِ الجمعِ لا يكون إلاَّ مكسوراً، وما فُتِحَ منه فمسموعٌ لا يقاسُ عليه؛ لأنّه خارجٌ عن القياس، فالفتحُ والكسرُ في الدَّعاوى سواء، ومثلُهُ الفتوى والفتاوى.

وقال اليَزِيديُّ ﷺ: يقال في هذا الأمر: دعوى ودعاوى؛ أي مَطالِب، وهي مضبوطةٌ في بعض النسخِ بفتحِ الواوِ وكسرها معاً، وفي الحديث: «لو أُعْطيَ النَّاسُ بدعاوِيهم»[2]، وهذا منقول، وهو جارٍ على الأصول، خالٍ عن التأويل، بعيدٍ عن

(١) «المصباح المنير»(١٩٥ - ١٩٦).

(٢) في «سنن الدارقطني»(٣: ٤٨٥) بلفظ: «قال رسول الله ﷺ لو أعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم»، قال النووي: حديث حسن: ينظر: «تلخيص الحبير» (٤: ٢٠٨)، و«كشف الخفاء»(١: ٣٤٢).

هي إخبارٌ بحقٍّ له على غيرِه، والمدَّعي: مَن لا يُجْبَرُ على الخصومة، والمدَّعى عليه: مَن يجبر

(هي[١] إخبارٌ بحقٍّ له على غيرِه، والمدَّعي: مَن لا يُجْبَرُ على الخصومة، والمدَّعى[٢] عليه: مَن يجبر)

التصحيف، فيجبُ المصيرُ إليه، وقد قاسَ عليه ابنُ جِنِّي ﷺ. انتهى مختصرا بقدرِ الضرورة.

وقيل: الدَّعوى في اللُّغة: قولٌ يَقْصِدُ به الإنسانُ إيجابَ الشَّيءِ على الغير، إلاَّ أنَّ اسمَ المدَّعي يتناولُ مَن لا حجَّة له في العرف، ولا يتناولُ مَن له حجَّة، فإنَّ القاضي يسمِّيه مدَّعياً قبل إقامةِ البيِّنة، وبعده يسمِّيهِ محقّاً لا مدَّعياً، ويقال لمسيلمةَ الكذَّاب: مدَّعي النبوّة؛ لأنّه عجزَ عن إثباتها، ولا يقال للنَّبيِّ ﷺ: مدَّعي النَّبوّة؛ لأنّه قد أثبتها بالمعجزة.

وفي الشريعة: ما ذكرَه المصنِّفِ ﷺ بقوله: هي إخبارٌ بحق... الخ.

وركنها: إضافةُ الحقِّ إن كان أصيلاً كقوله: لي عليه كذا أو قضيته أو برَّأته ونحوه. [و]له إضافتُه إلى مَن نابَ منابَه، كما في الوكيلِ وربِّ الصغيرِ ووصيّه عند النِّزاع.

وأهلها: العاقلُ المميِّز، فلا تصحُّ من المجنونِ والصبيِّ الغيرِ المميِّز، ومن شرطِ جوازها مجلس القاضي، وحضورِ خصمِه، ومعلوميّة المدَّعَى، وكونُها ملزمةٌ وكونِ المدَّعَى ممّا يحتملُ الثبوتَ كما سيأتي فلا تصحُّ في مجلسِ غير القاضي، ولا يقضى على غائب، ولا يمكنُ القضاءُ لو كان المدَّعَى مجهولاً، ودعوى ما يستحيلُ وجودُه باطلةٌ، كما إذا قال لِمَن لا يولد مثلُهُ لمثلِه: هذا ابن، وقسْ على هذا.

وحكمُها: وجوبُ الجوابِ على الخصمِ المدَّعي عليه، والتفصيلُ في المبسوطات.

[١]قوله: **هي**؛ أي الدعوى إخبارٌ عن شخصٍ بحقٍّ له على غيرِه، أي للخبرِ على غيرِ المخبر، فاحترزَ بقوله: له؛ عن الشَّهادة، فإنّها إخبارٌ بحقٍّ لآخرَ على غيرِه، وبقوله: على غيره؛ عن الإقرارِ بحقٍّ لآخرَ على نفسِه، ويشترطُ أن يكونَ هذا الإخبارُ عند القاضي أو المُحَكَّم، بحضورِ ذلك الغير، حتى لو لم يكن هذا الإخبارُ عند القاضي أو المُحَكَّم، أو لم يكن بحضور ذلك الغير، لا يسمَّى دعوى، ويشكلُ هذا بدعوى الوكيلِ أو الوصيِّ إلاَّ أن يقال: هما نائبان عن الأصل، فيمكن أن يضافَ الحقُّ إليها.

[٢]قوله: **والمدَّعى عليه**...الخ؛ لمّا كانت معرفةُ الفرقِ بين المدَّعي والمدَّعى عليه من أهمِّ

....

لَمَّا فسَّر[1] الدَّعوى، كان المدَّعي على هذا التَّفسير هو المخبرُ بحقٍّ له على غيرِه.

فقولُهُ: المدَّعي مَن لا يجبرُ على الخصومة؛ تفسيرٌ آخرُ ذكرَهُ بعضُ المشايخِ ﷺ، وقد قيل[2]: المدَّعي: مَن يلتمسُ خلافَ الظَّاهر، وهو الأمرُ الحادث، والمدَّعى عليه: مَن يتمسَّكُ بالظَّاهر، كالعدم الأصليّ

ما تبتنى عليه مسائلُ الدّعوى، فسَّرَهما مع الإشارةِ إلى الحكمِ فقال: والمدَّعي... الخ، وقد اختلفت عباراتُ المشايخِ في حدِّه:

فمنها ما ذكرَه المصنِّفُ ﷺ تبعاً لصاحبِ «الهداية»، وهو حدٌّ صحيح؛ لكونِهِ جامعاً للحدود، مانعاً من دخولِ غيرِهِ فيه، وقد يشكلُ هذا التعريفُ بوصيٍّ اليتيم، فإنّه إذا كان لليتيم حقٌّ على آخر فإنَّ القاضي يجبرُ الوصيَّ على الخصومة، نظراً لليتيم.

وقد يجابُ عنه بأنَّ المرادَ هو الإخبارُ الواقعُ بطلبِ أحدِ الخصمين، فلا إشكال، وكذا لا يشكلُ بما إذا كان فيه مخاصماً من وجهٍ آخر، كما إذا قال: قضيتُ الدَّينَ بعد الدعوى، فإنّه لا يجبرُ على هذه الخصومةِ إذا تركها.

[1]قوله: **لما فسَّر**... الخ؛ لما كان يَرِدُ على المصنِّف ﷺ أنّ تعريفَ المدَّعي والمدَّعى عليه قد ظهرَ بما عرَّفَ به الدَّعوى، فما وجهُ إيرادِ تعريفهما، وأيضاً لَمَّا ظهرَ أنَّ الدَّعوى إخبارٌ بحقٍّ له على غيره.

فظهرَ أنّ المدَّعي مَن يخبرُ القاضي بحقٍّ له على غيرِه، والمدَّعي عليه مَن يخبرُ القاضي غيره أن له عليه حقّاً، وما عرَّفَهما به يخالفُ ما ذكرنا، فدفعَه الشَّارحُ ﷺ البارعُ، وأجابَ بأنَّ هذا تفسيرٌ آخر ذكرَه بعض المشايخ.

[2]قوله: **وقد قيل: المدَّعي مَن يلتمس**... الخ؛ وقيل: المدّعي: مَن لا يستحقُّ إلاَّ بحجَّته كمَن يدَّعي عيناً في يدِ رجل، فإنّه لا يستحقُّ إلاَّ بالبيِّنةِ أو الإقرار، والمدَّعى عليه: مَن يستحقُّ بقولِهِ من غيرِ حجَّةٍ كصاحب اليد. وقال في «العناية»[1]: لعلَّهُ غيرُ صحيح؛ لأنَّ المدَّعى عليه مَن يدفعُ استحقاقَ غيره. انتهى.

وقيل: المدَّعي: مَن يشتملُ كلامُهُ على الإثبات، فلا يصيرُ خصماً بالتكلُّمِ في النفي، فإنَّ الخارجَ لو قالَ لذي اليد: هذا الشيءُ ليس لك، لا يكون خصماً ومدَّعيا

---

(١) «العناية»(٨: ١٥٤).

وهي إنَّما تصحُّ بذكرِ شيءٍ عُلِمَ جنسُهُ وقدرُه

لكنَّ الاعتبار[1] في هذا للمعنى حتى أنَّ المودَعَ إذا ادَّعى ردَّ الوديعة، فهو مدَّعٍ في الظَّاهر، لكنَّهُ في المعنى منكرٌ للضَّمان.

(وهي[2] إنَّما تصحُّ بذكرِ شيءٍ عُلِمَ جنسُهُ وقدرُه)

ما لم يقل: هو لي، والمدَّعى عليه: هو مَن يشتملُ كلامُهُ على النَّفي فيكتفي به منه، فإن ذا اليدِ لو قال: ليس هذا لك، كان خصماً بهذا القدر، وقوله: لي فضلةٌ في الكلامِ غير محتاجٍ إليه.

وقيل: كلُّ مَن شهدَ بما في يدِ غيرِهِ لنفسه فهو مدَّعي، وكلُّ مَن شهدَ بما في نفسِهِ لنفسِه فهو منكر، ومدَّعى عليه، وكلُّ مَن شهدَ بما في يدِ غيره فهو شاهد، وكلُّ مَن شهدَ بما في يدِ نفسه لغيرِهِ فهو مقرٌّ، وقال محمّد ﷺ في «الأصل»: إنَّ المدَّعى عليه هو المنكر، والآخرُ هو المدَّعي.

[1]قوله: لكنَّ الاعتبار... الخ؛ جوابٌ عن سؤالٍ مقدَّر، تقريرُه: إنَّ المودَعَ بصيغةِ اسمِ المفعول بدعوى الرَّدِ متمسِّكٌ بما ليس بثابت، إذ الرَّدُّ لم يكن ثابتاً وهو يدَّعيه، والمودِع بصيغةِ اسمِ الفاعلِ متمسِّكٌ بما هو ثابت، وهو عدمُ الردِّ، فإنّه كان ثابتاً، وهو يدَّعيه، وكان ينبغي أن يكونَ المودَعُ بصيغةِ اسم المفعول هو المدَّعي، والمودِع بصيغةِ اسمِ الفاعلِ هو المنكر.

وتقريرُ الجواب: إنَّ المودَع بصيغةِ اسمِ المفعولِ يدَّعي فراغَ ذمّتِهِ عن الضمان، وهو أصل، والمودِع بصيغةِ اسمِ الفاعل يدَّعي شغلَ ذمّته؛ لأنّه لم يكن ثابتاً؛ ولهذا تقبلُ بيِّنتُهُ إذا أقامَها اعتباراً للصُّورة، ويجبرُ على الخصومة، ويحلفُ اعتباراً للمعنى.

حاصلُهُ: إنّ المودِعَ حين ادَّعى ردَّ الوديعةِ مدَّعٍ صورةً ومنكر، ويدّعي عليه معنىً، واختلافُ الحيثيّات يستلزمُ اختلافَ الأحكام.

[2]قوله: وهي... الخ؛ يعني إنَّ الدّعوى لا تصحُّ إلاَّ بذكرِ شيءٍ عُلِمَ جنسُهُ كالدَّراهمِ والدّنانيرِ والحنطةِ والثوبِ مثلاً، وقدرُهُ كألفِ دراهم، ومئةِ دنانير، وصنوانِ من الحنطة، وعدلٍ واحدٍ من الثوب.

ووجهُهُ: إنَّ فائدةَ الدَّعوى هي الإلزامُ على الخصمِ بواسطةِ إقامةِ الحجَّةِ من البيِّنةِ أو الإقرار، والإلزامُ في المجهولِ لا يتحقَّق، وإذا بيَّنَ جنسَها ونوعَها وقدرَها وصفتَها

وإنَّهُ

هذا في دعوى الدَّينِ[١] لا في دعوى العينِ؛ فإنَّ العينَ إن كانت حاضرةً تكفي الإشارةُ بأنَّ هذا ملكٌ لي، وإن كانت غائبةً يجبُ أن يصفَها ويذكرَ قيمتَها، (**وإنَّهُ**[٢]

وسببَ وجوبِها صحَّتِ الدّعوى، وتترتَّبُ عليها أحكامُها من وجوبِ الإحضار، والمطالبةُ بالجوابِ ووجوبِ الجوابِ واليمين، وإقامة البيِّنة، ولزومِ إحضارِ ما يدَّعيه إن لم يكن ديناً، ولا يتعلَّق بالدَّعوى المجهولةِ شيءٌ من ذلكِ لفسادِها في «شرح النُّقاية» للبِرْجَنْدِيّ.

وفي «الذخيرة»: إن في المكيلِ والموزونِ لا بُدَّ من ذِكْرِ الجنسِ والقَدْرِ ومن ذكرِ النوعِ بأن يقول: سبقتُه أو بخسيته خريفته أو ربيعته، ويذكرُ مع ذلك صفتها بأنّها جيِّدةٌ أو وسطةٌ أو رديئة، ويذكرُ سببَ الوجوبِ بأنّها وجبتْ بسببِ سَلَمِ ثمنِ المبيع، فإنّ الأحكامَ تختلفُ باختلافِ الأسباب.

في «الفصول العمادية»: في دعوى الدِّيباج: الصحيحُ أنّه يشترطُ ذكرُ الوزن، وفي «الخلاصة»: إن كان الدِّيباجُ عيناً يذكرُ أوصافه ولا حاجةَ إلى ذكرِ الوزن، وإن كان ديناً بسببِ السَّلَمِ لا بُدَّ من بيانِ الوزن.

وفي «الظهيريّة» في معنى الدراهم والدنانير: لا بُدَّ من ذكرِ أنّه من أي وأي عند بعضهم، وعند آخرين لا يشترطُ ضربُ ذلك، وفي «الخزانة»: يشترطُ في دعوى الدَّراهم ذكرُ الوزن؛ لأنَّ وزنَه يختلفُ باختلافِ البلدان. انتهى.

[١]قوله: **هذا في دعوى الدَّين**؛ إذ هو يعرفُ به؛ لأنَّ إلزامَ الخصمِ بالمحصولِ عند قيامِ البرهانِ متعذِّر، وكذا الشهادةُ والقضاءُ غيرُ ممكنٍ بخلافِ العين، كما سيجيءُ ذكره، ولَمَّا كانت عبارةُ المتنِ عامَّةً شاملةً لدعوى الدَّين والعين، والحكمُ لم يكن لذلك.

فبيَّنَ الشَّارحُ البارعُ ﷺ أنَّ هذا القولَ مخصوصٌ بدعوى الدَّين، غيرُ جارٍ في دعوى العينْ، فإنَّ العينَ إن كانت حاضرةً يكفي أن يشيرَ إليها ويعيِّنَها بالإشارة، ويقول مثلاً: هذا مملوكٌ لي، وإن كانت غائبةً يجبُ وصفها وذكرُ قيمتِها ليتعيَّن.

[٢]قوله: إنّه... الخ؛ عطفٌ على قولِه: شيء؛ أي الدّعوى إنّما تصحُّ بذكرِ أنّ المدَّعى في يدِ المدَّعى عليه، حتى أنّه لو ادَّعى أنّ هذه الدَّارَ في يدي وملكي، والمدَّعى

في يدِ المدَّعى عليه، وفي المنقولِ يزيدُ بغيرِ حقٍّ

في يدِ المدَّعى عليه[١])، هذا يختصُ بدعوى الأعيانِ، (وفي المنقولِ[٢] يزيدُ بغيرِ حقٍّ[٣])، فإنَّ الشَّيءَ قد يكونُ في يدِ غيرِ المالكِ بحقٍّ كالرَّهنِ في يدِ المُرْتَهِن، والمبيع في يدِ البائع لأجلِ الثَّمن.

أقول[٤]: هذه العلَّةُ تشتملُ العقارَ أيضاً، فلا أدري ما وجهُ تخصيصِ المنقول بهذا الحكم(١).

عليه أنكر أنَّها ملكُ المدَّعي، وأقرَّ بأنَّها في يدِ المدَّعي لا تسمعُ هذه الدَّعوى. ذكر البِرْجَنْدِيُّ نقلاً عن «الخلاصة»، وإنَّما شرطَ ذلك في الدَّعوى؛ لأنَّ المدَّعى عليه لا يكون خصماً إلاَّ إذا كان العينُ في يدِه.

[١]قوله: يد المدَّعى عليه؛ واليدُ أعمُّ من أن يكون تحقيقاً أو تقديراً حتى أنَّه لو أتى بدايته، وقال: أخذتُها من يدِ هذا؛ لأنَّها كانت ملكي، وأقامَ بيِّنةً على ذلك، يقبلُ الدَّعوى؛ لأنَّ المدَّعي أقرَّ أنَّ ذا اليد في الحقيقةِ إنَّما هو الخارج. كذا في «الفصول العمادية».

[٢]قوله: وفي المنقول... الخ؛ أي إذا كان المدَّعى منقولاً يزيدُ المدَّعي على ما ذكرَ من الجنسِ والقدر، وإنَّه في يدِ المدَّعى عليه.

[٣]قوله: بغيرِ حقٍّ؛ لاحتمالِ أن يكون مرهوناً في يدِهِ أو محبوساً بمثلِ الثمن، فلا يكونُ في يدِهِ بغيرِ حقٍّ، هكذا قالوا، ويردُ عليه ما ذكرَه المصنِّف ﷺ بقوله: أقول.

[٤]قوله: أقول؛ حاصلُه: إنَّ احتمالَ كونِ الشَّيءِ مرهوناً أو محبوساً كما يجري في المنقول، كذلك يجري في العقارِ أيضاً، فلا وجه لتخصيصِ المنقول بهذا الحكم.

وقد يجابُ عنه: بأنَّ درايةَ وجههِ موقوفٌ على مقدِّمتين مسلَّمتين:

إحداهما: إنَّ دعوى الأعيانِ لا تصحُّ إلاَّ على ذي اليد. كما ذكرَ في «الهداية»(٢)، وغيرها: إنَّ المدَّعى عليه إنَّما ينتصبُ خصماً إذا كان في يدِه.

---

(١) ردَّ ما قاله الشارح ﷺ ملا خسرو ﷺ في «الدرر»(٢: ٣٣٠) بكلام طويل، وأجاب عن ردِّه الشرنبلالي ﷺ في «حاشيته»(٢: ٣٣٠) عليه، وأثبت ما قال صدر الشريعة، إذ قال في نهاية كلامه: فتصريحهم بأنه يجب في المنقول أن يقول فيه بغير حق لا ينفي الحكم عمَّا عداه وقد وجد في تصويرهم الدعوى في العقار التصريح به. وقال القاري ﷺ في «فتح باب العناية»(٣: ١٦٣) عمّا قاله الصدر ﷺ: ووجهه بعض الفضلاء بوجوهٍ وردها غيرهم.

(٢) «الهداية»(٣: ١٥٦).

وفي العقارِ لا تثبتُ اليدُ إلاَّ بحجَّةٍ أو علمِ القاضي

(وفي العقارِ[1] لا تثبتُ اليدُ إلاَّ بحجَّةٍ أو علمِ القاضي)

والثانية: إنّ الشبهةَ معتبرةٌ ويجبُ دفعُها، لا شبهةُ الشبهة، كما قالوا: إن شبهةَ الربا ملحقةٌ بالحقيقة لا شبهةُ الشبهة.

وإذا عرفتَ هاتين المقدّمتين فنقول: إنَّ في ثبوتِ اليدِ على العقارِ شبهة؛ لكونِهِ غيرُ مشاهدٍ بخلافِ المنقول، فإنّ ثبوتَ اليدِ فيه مشاهَد، فوجبَ دفعُها في دعوى العقار، بإثباتِهِ بالبيِّنة؛ لتصحَّ الدّعوى، وبعد ثبوتِهِ يكون احتمالُ كونِ اليدِ لغيرِ المالكِ شبهةُ الشبهة، فلا تعتبر.

وأمّا اليدُ في المنقولِ فلا يحتاجُ إلى إثباتِها لكونِها شاهدةٌ فيه، لكن فيه شبهةُ كونِ اليدِ لغيرِ المالك، فوجبَ دفعُها ليصحَّ الدَّعوى، وفيه بحث: إذ قد صرَّحَ بأنَّ المطالبةَ لا بُدَّ منها في العقارِ أيضاً؛ ليزولَ احتمالُ كونِهِ مرهوناً أو محبوساً بالثمن، ويعلمُ من هذا أنّهم اعتبروا ذلك الاحتمال، وأوجبوا دفعَهُ في العقارِ أيضاً، وهذا ليس من الشبهةِ التي لم يعتبروها كما لا يخفى على مَن تدبّر.

وقال البِرْجَنْدِيُّ: يمكنُ أن يقال: إنَّ إعارةَ المنقولِ وإيداعَه أغلبُ من إعارةِ العقارِ وإيداعِه، وأيضاً الغصبُ متَّفقٌ عليه في المنقول، مختلفٌ فيه في العقار، فلذلكَ خصَّصَ المنقولَ بهذا الحكم.

هذا وقد نقلَ عن ظهيرِ الدِّين المَرْغِينَانِيّ: إنّه لا بُدَّ في دعوى العقارِ من معرفةِ القاضي كونِه في يدِ المدَّعى عليه أنّه في يدِه اليومِ بغيرِ حقّ. كذا في «الفصول العمادية»، وعلى هذهِ الرِّواية لا يحتاجُ إلى الفارق. انتهى.

[1]قوله: وفي العقار... الخ؛ يعني لا يثبتُ يدُ المدَّعى عليه في العقارِ بتصادقِ المدَّعي والمدَّعى عليه على أنّه في يده، بل تثبتُ اليدُ فيه ببيِّنةٍ، بأن يشهدَ الشهودُ أنّهم عاينوا في يدِه، حتى لو قالوا: سمعنا ذلك، لم تقبل. كما صرّحوا به. أو عَلِمَ القاضي أنّه في يدِه بخلاف المنقول، فإنَّ اليدَ تثبتُ فيه بالتَّصادق.

والفرقُ بينهما أنّ اليدَ في العقارِ غيرُ شاهدة، ولعلَّه في يدِ غيرهما، واتَّفقا على ذلك؛ ليكون لهما ذريعةً إلى أخذِه بحكمِ الحاكم، فشرطُ الحجّةِ أو علمِ القاضي؛ لتنتفي التهمة، واليدُ في المنقول معاينة، فلا حاجةَ إلى اشتراطِ ذلك فيه، هذا ما صحَّحه

....

قالَ[1] في «الهداية»: إنَّهُ لا تثبتُ اليدُ في العقارِ إلاَّ بالبيِّنة أو علم القاضي، هو الصَّحيحُ؛ نفياً لتهمةِ المواضعة

في «الهداية»[(1)]، وغيرها من المعتبرات.

وقال بعضُهم: إنّ اليدَ تصحُّ بالإقرار، فلا حاجةَ إلى البيِّنةِ ولا إلى العلم، وفي «البحر»[(2)]: شهدوا أنّه ملكه، ولم يقولوا: في يدِهِ بغيرِ حقّ، يفتى بالقبول.

قال الحَلْوَانِيُّ: اختلفَ فيه المشايخ، والصَّحيحُ أنّه لا يقبل؛ لأنّه إن لم يثبت أنّه في يدِه بغيرِ حقٍّ لا يمكنُهُ المطالبةُ بالتسليم، وبه كان يفتي أكثرُ المشايخ.

وقيل: يقضى في المنقول لا في العقار، حتى يقولوا: إنّه في يدِه بغيرِ حقّ، فالصَّحيحُ الذي عليه الفتوى أنّه يقبلُ في حقِّ القضاءِ بالملك، لا في حقِّ المطالبةِ بالتسليم. انتهى. وتمامُهُ فيه، فارجعْ إليه إن شئت.

واعلم أنَّ ما ذكرَ مَن اشتراطِ ثبوتِ اليدِ في العقارِ بالبيِّنة أو علمِ القاضي ليس مطلقاً في جميعِ الصُّور، بل إذا ادَّعى المدَّعي ملكاً مطلقاً في العقار، أمّا في دعوى الغصبِ والشراءِ من ذي اليدِ فلا يشترطُ ثبوتُ اليد. كما صرَّح في «البزازيّة» حيث قالَ بعد ذكرِ اشتراطِ ثبوتِ اليدِ في العقار: هذا لو ادَّعاه ملكاً مطلقاً، أمّا إذا ادَّعى الشراءَ من ذي اليد، وأقرَّ بأنّه في يدِهِ فأنكرَ الشِّراءَ وأقَرَّ بكونِهِ في يدِه، لا يحتاجُ إلى إقامةِ البيِّنةِ على كونِهِ في يده.

والفرقُ أنّ دعوى الفعلِ كما تصحُّ على ذي اليدِ تصحُّ على غيرِه، فإنّه يدَّعي عليه التمليك، والتمليكُ كما يتحقَّقُ من ذي اليدِ يتحقَّقُ من غيرِهِ أيضاً، فعدمُ ثبوتِ اليدِ بالإقرارِ لا يمنعُ صحَّة الدَّعوى، أمّا دعوى الملكِ المطلقِ فدعوى تركِ التَّعرُّضِ بإزالةِ اليد، وطلبُ إزالتها لا يتصوَّرُ إلاَّ منِ صاحبِ اليد، وبإقرارِهِ لا يثبتُ كونُهُ ذا اليد؛ لاحتمالِ المواضعة. انتهى بقدرِ الضرورة.

[1]قوله: قال... الخ؛ لَمّا كانت هذه المسألة مختلفٌ فيها أرادَ الشَّارحُ ﷺ أن يبيِّن

---

(١) «الهداية»(٣: ١٥٦).

(٢) «البحر الرائق»(٧: ٢٠٠).

....

إذ العقارُ[1] عساهُ في يدِ غيرِهِما ، بخلافِ المنقول ؛ فإنَّ اليدَ فيه مشاهدة .

فتهمةُ المواضعة : أنَّ المدَّعي والمدَّعى عليه تواضعا على أن يقولَ المدَّعى عليه : إنَّ الدَّارَ في يدي ، والحالُ أنَّها في يدِ ثالث ، فيقيمُ المدَّعي بيِّنة ، ويحكمُ القاضي بأنَّها ملكُ المدَّعي .

وإنَّما قال في «الهداية»: هو الصَّحيح ؛ لأنَّ عندَ[2] بعضِ المشايخ ﷺ يكفي تصديقُ المدَّعى عليه أنَّها في يدِه ، ولا يحتاجُ إلى إقامةِ البيِّنة.

الاختلافَ فيها ، أو أنّ ما ذكرَ في «المتن» هو ما صحَّحهُ في «الهداية»(1) ، فقال : قال في «الهداية»... الخ.

وعبارة «الهداية» هكذا : وفي العقار لا يكتفى بذكرِ المدَّعي وتصديقِ المدَّعى عليه أنّه في يدِهِ [بل] لا تثبتُ اليد فيه إلاَّ بالبيّنةِ أو علمِ القاضي هو الصحيح ، نفياً لتهمةِ المواضعة ، إذ العقارُ عساهُ في يدِ غيرهما ، بخلاف المنقول ؛ لأنَّ اليدَ فيه شاهدة. انتهى.

[1]قوله : إذ العقار... الخ ؛ حاصلُه : أنّه يحتملُ أنَّ المدَّعي والمدَّعى عليه تواضعا على أن يصدِّقَ المدَّعى عليه المدَّعي بأنّ العقارَ في يدِ المدَّعى عليه ليحكمَ القاضي باليدِ للمدَّعى عليه ، حتى يتصرَّفَ المدَّعى عليه ، فكان القضاءُ فيه قضاءً بالتصرُّفِ في مالِ الغير ، وذلك يفضي إلى نقضِ القضاءِ عند ظهورِهِ في يدِ ثالث. كذا في «البناية»(2).

[2]قوله : لأنَّ عند...الخ ؛ حاصلُه : إنَّ عند بعضِ المشايخِ يكتفى تصديقُ المدَّعى عليه أنَّ الدارَ مثلاً في يدِه ، ولا حاجةَ إلى إقامةِ البيِّنةِ عليه ؛ لأنَّ تلكَ الدَّار إن كانت في يدِه فبعدما أثبت المدَّعي حقَّه يأخذها منه.

وإن لم تكن في يدِهِ فلا يكون له ولايةُ الأخذ ؛ لأنَّ البيِّنةَ قامت على غيره ، مع أنَّ تهمةَ المواضعةَ ثابتةٌ مع إقامةِ البيِّنةِ أيضاً ، بأن يكون في يدِ المدَّعى عليه أمانةً ، فتواضعا على أن لا يُقِرَّ بالأمانة ، فيقيمُ البيِّنةَ على اليد ، ثمَّ على أنّها ملكُه ، فيقضى عليه.

---

(1) «الهداية»(٣: ١٥٦).

(2) «البناية»(٧: ٣٩٥).

....

فإنَّهُ إن كان[١] في يدِه، وأقرَّ بذلك، فالمدَّعي يأخذها منه إن ثبتَ ملكيَّتُهُ بالبيِّنة أو بإقرار ذي اليد أو نكوله، وإن لم يكنْ في يدِه وأقرَّ بذلك لا يكون للمدَّعي ولايةُ الأخذِ من ذي اليد، وإن أقامَ المدَّعي البيِّنة؛ لأنَّ البيِّنةَ قامتْ على غيرِ خصم، فعُلِمَ أنَّهُ إذا أقرَّ ذو اليدِ باليد؛ فإنَّ الضَّرر[٢] لا يلحقُ إلاَّ بذي اليد، ولا يلحقُ إلى غيرِه فتهمةُ المواضعةِ مدفوعةٌ، على أنَّ تهمةَ المواضعةِ إن كانت ثابتةً هاهنا ففي صورةِ إقامةِ البيِّنةِ ثابتةٌ أيضاً، فإنَّ الدَّارَ إذا كانت في يدِ رجلٍ أمانةً فتواضعَ المدَّعي وذو اليدِ على أنَّ ذا اليدِ لا يقولُ أنَّها أمانةٌ في يدِه، حتى يقيمَ المدَّعي بيِّنَةً على أنَّها في يدِ ذي اليد، ثمَّ يقيمُ بيِّنةً على أنَّها ملكُ المدَّعي، فيقضي القاضي ويأخذُ المدَّعي الدَّار.

فالحاصل: إنَّهُ إذا ظهرَ أنَّهُ في يدِ ثالث، وذو اليدِ أقرَّ أنَّهُ في يدِه، لا يصيرُ الثَّالثُ محكوماً عليه، وكذا إذا ظهرَ أنَّ يدَ ذي اليدِ يدُ أمانةٍ لا يدُ خصومة.

قال البِرْجَنْدِيّ: وفيه إنَّ تهمةَ المواضعةِ في صورةِ الإقرارِ أكثر، فإنّه إذا لم تكن الدَّارُ في يدِ المقرِّ وقد أقرَّ باليد، وحكم القاضي لا يلحقُهُ ضرر، بخلاف ما إذا كانت في يدِه أمانة، فإنّه إذا حكمَ عليه، وأخرجت من يدِه يتضرَّرُ به، فهذه أبعدُ عن التهمةِ من الأولى. انتهى.

[١]قوله: **فإنّه إن كان في يدِه**... الخ؛ ويردُ عليه: إنّه يحتملُ أن يكون في يدِهِ أمانةً أو رهناً أو محبوساً؛ لاستيفاءِ الثمن.

وأجيبَ عنه: بأنّ هذا الاحتمالَ ثابتٌ بعد إقامةِ البيِّنة، وفي المنقولِ أيضاً؛ فلذا لا يلتفتُ إليه مع أنّه بعيد؛ لأنَّ ضررَ المدَّعى عليه بسببِ دعوى صاحبِ الأمانةِ أو الرَّاهنِ أو المشتري.

[٢]قوله: **فإنّ الضرر**... الخ؛ وقد أوردَ عليه: إنّ محلَّ الاحتياطِ ليس لزوم الضَّرر حتى يدفعَ بما ذكر، بل الفسادُ لزومُ نقضِ القضاءِ عند ظهورِهِ في يدِ ثالث. صرَّح به في شروح «الهداية»، وغيرها، وفيه ما فيه، فتأمّل.

والمطالبةُ به وإحضارُهُ إن أمكن، وذكرُ قيمتِهِ إن تعذَّر

(**والمطالبةُ به**): عطفٌ على قوله[١]: وإنَّهُ في يدِ المدَّعى عليه، (**وإحضارُهُ**[٢] **إن أمكن**)؛ ليشيرَ إليه المدَّعي والشَّاهدُ والحالف.

(**وذكرُ قيمتِهِ إن تعذَّر**[٣])

[١]قوله: **عطفٌ على قوله**: وإنّه في يدِ المدَّعي عليه؛ ويحتملُ أن يكونَ عطفاً على قوله: ذكر شيء؛ أي الدَّعوى إنّما تصحُّ بمطالبةِ المدَّعي ما ادَّعاه من المدَّعى عليه، وإنّما اشترطَ ذلك؛ لاحتمالِ أن يكون مرهوناً في يدِه، وبالمطالبةِ يزولُ هذا الاحتمال.

فإنّه لو كان مرهوناً أو محبوساً بالثمنِ لا يطالَبُ بالانتزاعِ من ذي اليد؛ ولأنَّ فائدةَ الدَّعوى إجبارُ القاضي المدَّعى عليه على إيفاءِ حقِّ المدَّعي، وذا لا يجوزُ للقاضي إلاَّ إذا طالبه به فامتنع(١).

[٢]قوله: **وإحضارُهُ**... الخ؛ عطفٌ على قوله: ذكر شيء؛ يعني إنَّ الدَّعوى إنّما تصحُّ بإحضارِ المدَّعى عليه ما يدَّعيهِ المدَّعي مجلسَ الحكمِ إذا ثبتَ اليد، إن أمكنَ إحضارُهُ بأن لا يكون له حملٌ ومؤنة، كالمسكِ والزَّعفران، يشيرُ إليهِ المدَّعي عند الدعوى، والشاهدُ عند أداءِ الشهادة، والحالفُ عند الحلف.

وإن لم يمكن بأن يكون له حملُ بأن يكون بحالٍ لا يحملُهُ إنسان إلى مجلسِ القاضي إلا بالأجرة، أو لا يمكنُ رفعُهُ بيدٍ واحدة، أو يختلفُ سعره في البلدانِ على الخلافِ لم يجبرْ على الإحضار، فإن كان قطيعاً من الغنم، أو صُبْرةً من الطعام، أو كرحى لا يجبرُ على الإحضار.

بل للقاضي أن يحضرَ بنفسِهِ أو يبعثَ أميناً ليسمعَ الدَّعوى والبيّنة ويقضي، وإنّما اشترطَ الإحضارَ إن أمكن؛ لأنَّ الإعلامَ بأقصى شرط، وذلك بالإشارةِ في المنقول؛ لأنَّ النقلَ ممكن، والإشارةُ أبلغُ في التعريف.

[٣]قوله: **وذكر قيمته إن تعذَّر**؛ يعني إنّما تصحُّ الدَّعوى بذكرِ قيمةِ ما يدَّعيه إن تعذَّرَ إحضارُهُ بأن كان هالكاً أو غائباً ليصيرَ ما يدَّعيهِ معلوماً بها؛ لأنَّ الغائبَ لا يعرفُ إلاَّ بالوصفِ والقيمة .

---

(١) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٢٥١).

والحدودِ الأربعة أو الثَّلاثةِ في العقار، وأسماءِ أصحابها ونسبتِهم إلى الجد

والحدودِ[١] الأربعةِ أو الثَّلاثةِ في العقار، وأسماءِ أصحابها ونسبتِهم إلى الجد): ذكرُ[٢] الحدودِ يشترطُ في دعوى الدَّارِ عند أبي حنيفةَ ﷺ وإن كانتْ مشهورة، وعندهما: لا يشترطُ إذا كانتْ مشهورة، ثمَّ ذكرُ الحدودِ الثَّلاثةِ كافٍ عندنا

وقال الفقيهُ أبو الليث ﷺ: يشترطُ مع ذلكِ في الحيوانِ الذّكورةِ والأنوثةِ في الدَّابّة، وإن لم يبيِّن القيمة، فقال: غصبَ منِّي عيناً كذا، أو لا أدري أنّه ذلك، أو قائم ولا أدري كم كانت قيمتُه.

قال في «الكافي»: ذُكِرَ في عامَّةِ الكتبِ أنّه يسمعُ دعواه؛ لأنَّ الإنسانَ رُبَّما لا يعرفُ قيمةَ ماله، فلو كُلِّفَ بيانُ القيمةِ لتضرّر به، وعزاه إلى القاضي فخرِ الدين، وإلى صاحبِ «الذخيرة».

فإذا أسقطَ بيانَ القيمةِ عن المدَّعي سقطَ عن الشهود أيضاً، بل أولى؛ لأنّهم أبعدُ عن الممارسة، وقال العلاَّمةُ البَزْدَوِيُّ: إذا كانت المسألةُ مختلفاً فيها، فينبغي للقاضي أن يكلِّف المدَّعي بيانَ القيمة، فإن كَلَّفَه ولم يُبيِّن يسمعُ دعواه.

وقيل: إنّما يشترطُ ذكرُ القيمةِ إذا ادَّعى سرقة؛ ليعلمَ أنّها كانت نصاباً، وفيما عدا ذلك لا يشترط. كذا في «الفصول»، وغيرها.

[١]قوله: والحدود... الخ، عطفٌ على قوله: قيمته؛ أي إنّما تصحُّ الدعوى بذكرِ الحدودِ الأربعةِ أو الحدودِ الثّلاثةِ إذا كان المدَّعى عقاراً، وبذكرِ أسماءِ أصحابِ تلك الحدودِ ونسبتِهم إلى الجدّ.

أمّا اشتراطُ ذكرِ الحدود؛ فلأنَّ العقارَ تعذَّرَ تعريفُهُ بالإشارة؛ ليتعذَّرَ نقلُهُ إلى مجلسِ الحكم، فلا بُدَّ من التَّحديد، إذ العقارُ يعرفُ به، وذكرِ أسماءِ أصحابِ الحدود؛ لأنَّ التعريفَ يحصلُ بذلك، وذكرِ أنسابِهم ليتميّزوا عن غيرهم، ونسبتُهُم إلى الجدّ؛ لأنَّ تمامَ التعريفِ يحصلُ به في الصحيح من مذهبِ الإمام، وهذا إذا لم يكن مشهوراً، وفي الرجلِ المشهورِ يكتفى بذكرِهِ لحصولِ المقصودِ به.

[٢]قوله: ذكرُ الحدود... الخ؛ يعني أنَّ ذكرَ الحدودِ يشترطُ في دعوى الدَّارِ عند الإمام، سواء كانت الدارُ مشهورة أو غير مشهورة؛ لأنَّ الدَّارَ وإن كانت مشهورةً قد تزادُ وقد تنقصُ فتبقى مجهولةً، فلا بُدَّ من ذكرِ حدودِها؛ لحصولِ التعريف، وعندهما:

....

خلافاً لزفر[١] ﷺ؛ فإنَّهُ إذا ذكرَ ثلاثةَ حدودٍ كما في هذهِ الصُّورةِ فالحدُّ الرَّابعُ خطٌّ مستقيمٌ آخر، والنِّسبةُ إلى الجدِّ قولُ أبي حنيفةَ[٢] ﷺ وإن كان رجلاً مشهوراً يكتفي بذكره، هذا في دعوى الأعيان.

لا يشترطُ ذكرُ الحدودِ إذا كانت مشهورةً؛ لاستغناءِ الشهرةِ عنه.

فعُلِمَ أنَّ الاختلافَ في اشتراطِ التحديدِ في الدَّارِ المشتهرة، وأمَّا تحديدُ غيرِها فواجبٌ اتّفاقاً، ولما قال المصنّف ﷺ: والحدودُ الأربعةُ أو الثّلاثة في العقار. انتهى.

والعقارُ كلُّ ملكٍ ثابتٍ له أصل، كالدَّار والنخلِ وغيرهما من أفرادِ العقارِ شرطٌ مطلقٌ بلا نكير، والحالُ ليس كذلك، فبيَّن الشارحُ ﷺ ما اختلفَ فيه، وظهرَ منه أنَّ ما عداه فهو متَّفقٌ عليه.

[١]قوله: خلافاً لزفر ﷺ؛ فإنَّ عنده غيرُ كافٍ، بل لا بُدَّ من ذكرِ الحدودِ الأربعة؛ لأنَّ التَّعريفَ لم يتمَّ بذكرِ الثّلاثة كما لا يتمُّ بذكرِ الاثنين؛ ولهذا لو قلنا: غَلِطَ في الحدِّ الرابع لا تقبل، وبه قالت الثّلاثة.

ولنا: إنّ للأكثرِ حكمُ الكلّ، بخلافِ ما لو غَلِطَ في الحدِّ الرَّابع؛ لأنّه يختلفُ به المدَّعى، ولا كذلك تركها، وأيضاً إذا ذكرَ ثلاثةَ حدودٍ كما في الصورةِ المذكورةِ في الكتاب، فيمكن أن يعلمَ الحدُّ الرَّابعُ بلا ذكرِه، فلا حاجةَ إليه، وكلُّ جوابٍ عرفتَه في الدّعوى فهو في الشهادةِ أيضاً.

وذكرَ في «البحر»(١) نقلاً عن «الملتقط»: قال الخصَّاف ﷺ: إذا قضيتَ بثلاثة حدودٍ اجعلْ الحدَّ الرَّابعَ يمضي بإزاءِ الحدِّ الثّالث، حتى يحاذي الحدّ الأوّل، يعني على الاستقامة. انتهى.

[٢]قوله: والنسبةُ إلى الجدّ قول أبي حنيفةَ ﷺ؛ هذا مطابقٌ لما ذكرَهُ في «الهداية»(٢)، وغيرها من المعتبرات، لكن قال البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية»: ونسبتُهم إلى الجدّ، فإنَّ التعريفَ إنَّما يتمُّ بذكرِ الجدِّ عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ ﷺ خلافاً لأبي يوسفَ ﷺ. انتهى. وقد حقَّقناه سابقاً فتذكَّر.

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ١٩٩).

(٢) «الهداية»(٣: ١٥٥).

....

أمَّا في دعوى الدَّينِ فلا بُدَّ من ذكرِ الجنسِ والقدر، كما مرّ[1]، وذكرَ في «الذخيرة»: إنَّهُ[2] إذا كان وزنيّاً كالذَّهبِ والفضّةِ لا بُدَّ أن يذكرَ الصفةَ بأنَّهُ جيِّدٌ أو رديء، وأن يذكرَ نوعَهُ نحو بُخاريِّ الضَّربِ[3]

---

[1]قوله: **كما مرّ**؛ حين قال: وهي إنّما تصحُّ بذكرِ شيءٍ علمَ جنسُهُ وقدرُه، هذا في دعوى الدَّينِ لا في دعوى العين. انتهى.

[2]قوله: **إنّه إذا كان**... الخ؛ تفصيلُه: إنّ ما يدَّعيه إذا كان وزنيّاً فالدَّعوى إنّما تصحُّ إذا بيَّن الجنس؛ بأن قال: ذهبٌ أو فضّة، فإن قال: ذهب، فإن كان مضروباً، يقول: كذا وكذا ديناراً، ويذكرُ نوعَهُ أنّه بخاريُّ الضربِ أو نيسابوريُّ الضرب، أو ما أشبه ذلك.

ينبغي أن يذكرَ صفتَهُ: أنّه جيّدٌ، أو وسطٌ، أو رديء، وهذه الدعوى إن كانت بسببِ البيعِ فلا حاجةَ إلى ذكرِ الصفةِ إذا كان في البلدِ نقدٌ واحدٌ معروف، إلاَّ إذا كان قد مضى من وقتِ البيعِ إلى وقتِ الخصومةِ زمانٌ طويل، بحيث لا يعلمُ نقدُ البلدِ في ذلك الوقت، فحينئذٍ لا بُدَّ من بيانِ أنَّ نقدَ البلدِ في ذلك الوقتِ كيف كان، وبيانُ صفتِه بحيث كانت تقعُ المعرفةُ من كلِّ وجه.

وإن كان في البلدِ نقودٌ مختلفة، والكلُّ في الرَّواجِ على السواء، ولا صرفَ للبعضِ على البعض، يجوزُ البيعُ ويعطي المشتري البائع: أيُّ النَّقدين شاء، كما تقدَّم ذكرُه، إلاَّ أنَّ في الدَّعوى يُعيِّنُ أحدَهما.

وإن كان الكلُّ في الرواجِ على السواء، وللبعضِ صرفٌ على البعض، كما كانت الغِطْرِيفيَّة والعَداليّة لا يجوزُ البيعُ إلا بعدَ بيانه، وكذا لا يصحُّ الدَّعوى من غيرِ بيانه.

وإن كان في البلدِ نقود وأحدُها أروجُ لا تصحُّ الدَّعوى ما لم يُبيِّن، وإن كانت الدَّعوى بسببِ القرضِ والاستهلاكِ فلا بُدَّ من بيانِ الصِّفةِ على كلِّ حال. كذا في «المحيط»، و«الفصول»، و«النهاية»، وغيرها، وزيادةُ التفصيلِ في الفتاوى المبسوطةِ المتناولة، والشروحِ المضبوطةِ المتطاولة.

[3]قوله: **بُخاريُّ الضرب**؛ البُخاريُّ منسوبُ إلى بُخارا، قال في «غيَّاثِ اللُّغات»: بخارا: نام شهر انه توران مشتق انه بخار كه بمعنى علم است جون دران شهر

وإذا صحَّتْ سألَ القاضي الخصمَ عنها

أو نيسابوريِّ الضَّرب[١].

(وإذا صحَّتْ سألَ القاضي الخصمَ عنها[٢]

علما وفضلا بسيار بودندبه بخارا موسوم كردنداز لطائف مولف كويدكه بخار بمعنى علم در كتب ويكر بنظر نيامده. انتهى.

[١]قوله: **أو نيسابوري الضَّرب**؛ قال في «غياث اللغات»: نيشايورها: بالفتح: نام شهر يست درخراسان كه معدن فيروزه ورحدود آن ست ونام شعبه ازموسيقى از موسيقى ازبرهان ودركشف بالكسر وددرر شيدي وغيره نوشته كه دراصل نه شايور بود بمعنى شهر شايور جراكه در فارسي قديم نه بالكسر شهرراكَويندهاي هوز بياي تحتاني بدَل شذه. انتهى.

[٢]قوله: **سأل القاضي الخصمَ عنها**؛ أي عن دعواه؛ ليتَّضحَ وجهُ حكمِه؛ لأنَّ القضاءَ بالبيِّنةِ يخالفُ القضاءَ بالإقرار؛ وهذا لأنَّ الإقرارَ حجَّةٌ ملزمةٌ بنفسِه، ولا يحتاجُ فيه إلى القضاء، وإطلاقُ اسمِ القضاءِ فيه مجاز.

وإنَّما هو أمرٌ بالخروجِ عمَّا لزمَه بالإقرار بخلافِ البيِّنة، فإنَّها ليست بحجَّةٍ إلاَّ إذا اتَّصل بها القضاء، فيسقطُ احتمالُ الكذبِ بالقضاءِ في حقِّ العمل، فتصيرُ حجَّةً يجبُ العملُ به كسائرِ الحججِ الشرعيَّة.

ومعنى سؤاله، أن يقول: خصمُكَ ادَّعى عليك كذا وكذا، فماذا تقول؟ فإن لم تصدرْ الدَّعوى من المدَّعي صحيحة، لا يسألُ القاضي المدَّعى عليه لعدمِ وجوبِ الجوابِ عليه لها بخلافِ الدَّعوى الصحيحة؛ فإنَّه يجبُ عليه جوابُها، وظاهرُ الكلامِ يدلُّ على أنَّ القاضي يسألُ الخصمَ عنها، وإن لم يطلبْه المدَّعي.

وفي «الفتاوى السراجيّة»: إذا حضرَ الخصمانِ لا بأسَ أن يقول: ما لكما؟ وإن شاءَ سكتَ حتى يبتدأه بالكلام، وإذا تكلَّم المدَّعي سكتَ الآخر، ويسمعُ مقالتَه، فإذا فرغَ يقولُ للمدَّعى عليه: بطلبِ المدّعي ماذا تقول؟ وقيل: إنَّ المدَّعي إن كان جاهلاً فإنَّ القاضي يسألُ المدَّعى عليه بدونِ طلبِ المدّعي. انتهى.

وقال البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية»: وفي هذا الكلامِ إشارةٌ خفيَّةٌ إلى أنَّ القاضي يختارُ السكوتَ بعد إتيانِ الخصمينِ إليه حتى يبتدئَ المدّعي بالكلام، والأظهرُ أنّه مخيَّرٌ إن

فإن أقرَّ بها حكمَ أو أنكر، وسألَ المدَّعي البيِّنة

فإن أقرَّ بها حكمَ[١] أو أنكر[٢]، وسألَ[٣] المدَّعي البيِّنة

شاءَ تركَهما حتى يتكلَّما، وإن شاءَ ابتدأهما بالكلام.

وقال: ما لكما؟ لكن لا يكلِّمهُما بشيءٍ آخر، وتصريحٌ بأنّه إذا تمَّ دعواه استنطقَ الآخر، وإن لم يلتمسْ المدَّعي ذلك من القاضي، واختارَ بعضُ القضاةِ أن لا يستنطقه إلاَّ إذا قال المدَّعي للقاضي سلْهُ عن جوابه، فحينئذٍ يستنطقُه، والأوَّل أصحّ. كذا في «المبسوط». انتهى.

[١]قوله: حكم؛ على الخصم: يعني أنَّ القاضي يحكمُ بالخروجِ عن موجبِ ما أقرَّ به؛ لأنَّ الإقرارَ حجَّةٌ بنفسِهِ فلا يتوقَّفُ في صدقِهِ على الحكمِ من القاضي، فكان الأولى أن يقول: فإن أقرَّ فيها فلفظِ الحكمِ في الإقرارِ مجازٌ للزومِهِ بإقرارِهِ فلا حاجةَ إلى القضاء لكونِهِ حجَّةً بنفسِهِ لا يتوقَّفُ على القضاءِ بخلافِ البيِّنة، فإنَّ الشهادةَ غيرُ حجَّة، وإنّما تصيرُ حجَّةً بالقضاء، وسقطَ احتمالُ الكذب.

[٢]قوله: أو أنكرَ الخصمُ إنكاراً صريحاً أو غيرَ صريح، كما إذا قال: لا أقرّ ولا أنكر، فإنّه إنكارٌ عندهم، وما روي أنّه إقرارٌ غيرُ ظاهر، فيحبسُ حتى يقرَّ فغلطَ على ما أشيرَ إليه في «المنية». كذا في «جامع الرموز»(١).

وقال السَّرَخْسيُّ ﷺ: وعند أبي يوسفَ ﷺ يحبسُ إلى أن يجيب، وقال في «البحر»(٢): والفتوى على قولِ أبي يوسفَ ﷺ فيما يتعلَّقُ بالقضاء، كما في «القنية»(٣)، و«البَزَّازيّة»؛ فلذا أفتيت بأنّه يحبسُ إلى أن يجيب. انتهى.

[٣]قوله: وسأل... الخ؛ يعني أنّ القاضي يسأل المدَّعي البيِّنةَ على مدَّعاة، وإنّما يبدأُ بالسُّؤالِ عن البيِّنة؛ لأنّها الأصلُ في قطعِ الخصومة، وبه بدأ رسولُ اللهِ ﷺ، كما أخرجَ الشيخانُ عن وائل بن حجر ﷺ قال: «جاءَ رجلٌ من حضرَموت، ورجلٌ من كندةٍ إلى النبيِّ ﷺ.

(١) «جامع الرموز»(٢: ٢٦١).
(٢) «البحر الرائق»(٧: ٢٠٣).
(٣) «قنية المنية»(ق٢٠٤/أ).

فأقامَ قضى عليه، وإن لم يقمْ حلَّفَهُ إن طلبَهُ خصمُهُ

فأقامَ قضى عليه[1]، وإن لم يقم[2] حلَّفَهُ إن طلبَهُ خصمُهُ

فقال الحضري: يا رسولَ الله ﷺ إنَّ هذا غلبني على أرضٍ كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعُها ليس له فيها حقّ، فقال ﷺ للحضرمي: ألك بيّنة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه؟

قال: يا رسول الله، الرجلُ فاجرٌ لا يُبالي على ما حلفَ عليه، وليس يتورَّع عن شيء، فقال: ليس لك منه إلاَّ ذلك، فانطلق، ليحلف...»[1] الحديث، فرسولُ اللهِ ﷺ سألَ ورتَّبَ اليمينَ على فقدِ البيِّنة، فلا بُدَّ من السؤالِ ليمكن القاضي الاستحلاف.

[1]قوله: **قضى عليه**؛ أي قضى القاضي على الخصمِ بالدَّعوى؛ لانتفاءِ التُّهمةِ عن الدعوى؛ لترجّح جانبِ الصدقِ على الكذبِ بالبيّنة.

وفي هذا الكلامِ إشعارٌ بأنَّ إقامةَ البيِّنةِ ينبغي أن تكونَ بعد الإنكارِ والاستشهادِ من المدَّعي، حتى لو شهدوا بعد الدعوى، والإنكارُ بدونِ طلبِ المدَّعي الشّهادة لا يسمع، وهذا عند الطحاويّ ﷺ، وعند غيرِهِ يسمع. كذا في «الفصول العمادية».

[2]قوله: **وإن لم يُقِمِ المدَّعي البيِّنة على دعواه حلَّفه**؛ أي حلَّف القاضي الخصمَ إن طلبه: أي إن طلبَ المدّعي تحليفَ الخصمِ لما روينا من حديثِ وائل بن حجر، وإنّما اشترطَ طلبَ المدَّعي استحلافَ خصمِه؛ لأنَّ اليمينَ حقُّه، وإنّما صارَ اليمينُ حقّاً له؛ لأنّه ﷺ أضافَ اليمينَ إلى المدَّعي في قوله: «لك يمينه»، بحرف اللام المقتضيةِ للاختصاص، فهذا تنصيصٌ على أنَّ اليمينَ حقُّ المدعي.

والسرُّ فيه: إنَّ المنكرَ قصدَ إتواءَ حقِّه على زعمِهِ بالإنكار، فمكَّنه الشارعُ من إتواءِ نفسِهِ باليمينِ الكاذبة، وهي الغموسُ إن كان كاذباً كما يزعمُ وهو أعظمُ من إتواءِ المال، وإلاَّ يحصلُ للحالفِ الثوابُ بذكرِ اسمِ الله تعالى، وهو صادقٌ على وجهِ التعظيم.

وقيِّدَ بتحليفِ القاضي؛ لأنَّ الخصمَ لو حلفَ بطلبِ المدَّعي يمينه بين يدي القاضي من غيرِ استحلافِ القاضي فهذا ليس بتحليف؛ لأنَّ التحليفَ حقُّ القاضي، ولو اصطلحا على أن يحلفَ عند غير القاضي ويكون بريئاً فهو باطل، فلو برهنَ عليه

---

(١) في «صحيح البخاري»(٢: ٨٥١)، و«صحيح مسلم»(١: ١٢٣)، وغيرها.

فإن نَكَلَ مرَّةً، أو سكتَ بلا آفة، وقضى بالنُّكولِ صحّ، وعرضَ اليمينَ ثلاثاً

فإن نَكَلَ[١] **مرَّةً)**: أي قال: لا أحلف، **(أو سكتَ**[٢] **بلا آفة، وقضى بالنُّكولِ صحّ**[٣]**، وعرضَ اليمينَ ثلاثاً**

يقبل، وإلاَّ سيحلفُ ثانياً، ولا يحلفُ قبل طلبِهِ في جميعِ الدَّعاوى عند الطرفين، وعند أبي يوسفَ ﷺ يستحلفُ بلا طلبٍ في أربعِ مواضع:

١. في الردِّ بالعيبِ يحلف المشتري: بالله ما رضيتُ بالعيب.

٢. والشفيع: باللهِ ما أبطلت شفعتَك.

٣. والمرأةُ إذا طلبت فرضَ النفقةِ على زوجِها الغائبِ تحلف: بالله ما خَلَّفَ لك زوجُك شيئاً، ولا أعطاكِ النفقة.

٤. والمستحقّ يحلف: باللهِ ما بعت.

وأجمعوا على أنّ من ادَّعى ديناً على الميِّت يُحَلِّفُه القاضي بلا طلبِ الوصيِّ والوارث: باللهِ ما استوفيتَه من المديون ولا من أحدٍ أدَّاه إليك، ولا قَبَضَهُ لك قابضٌ بأمرك، ولا أبرأتَه منه، ولا شيئاً منه، ولا أحلتَ بشيء من ذلك أحداً، ولا عندك به ولا بشيء منه رهنٌ. كذا في «البَزَّازيّة» وغيرها(١).

[١]قوله: **نكل**؛ قال في «المصباح»(٢): نَكَلَت عن العدوِّ نكولاً، من بابِ قَعَدَ، وهذه لغةُ الحجاز، ونَكِلَ نكالاً من بابِ تَعِبَ لغةٌ، ونَكَلَ عن اليمين: امتنعَ منها، ونَكَلَ منه يَنْكُلُ من بابِ قَتَل. انتهى مختصراً لقدرِ الضرورة.

[٢]قوله: **أو سكت... الخ**؛ اعلم أنَّ النكولَ قد يكون حقيقةً كقوله: لا أحلف، وقد يكون حكماً بأن يسكت، وحكمُهُ حكمُ الأوَّلِ إذا علمَ أنّه لا آفةَ به من خرسٍ أو طرش، هو الصَّحيح. كذا في «السراجِ الوهَّاج»، وإنّما صرَّح المصنِّف ﷺ بذكرِ السكوت؛ لأنّه اختلف، فعند بعضِ المشايخ ليس حكمُ النكول، والصحيحُ ما مرّ.

[٣]قوله: **صحَّ**؛ أي ذلك القضاء؛ وقال الشافعيّ ﷺ: لا يقضي القاضي بالنكول، بل يردُّ اليمينَ على المدَّعي، وإن نكلَ انقطعتْ المنازعة، فإذا حلفَ يقضي به، لما روي عن عليٍّ ﷺ أنّه حلَّفَ المدَّعي بعد نكولِ المدَّعى عليه.

---

(١) ينظر: «البحر الرائق»(٧: ٢٠٣).

(٢) «المصباح المنير»(ص٦٢٥).

....

....

ولأنَّ اليمينَ إنّما وجبت في الابتداءِ على المنكر؛ لكونِ الظَّاهرِ يشهدُ له، فإذا نكلَ هو كان الظاهرُ شاهداً للمدَّعي، فيحلف؛ ولأنَّ النكولَ يحتملُ أن يكونَ لأجلِ اشتباهِ الحالِ عليه، بأن لا يدري صادق في إنكارِهِ فيحلف، أو كاذب فيمتنع، أو لأجلِ التورُّعِ عن اليمينِ الكاذبة.

أو لأجلِ الترفُّعِ عن الصادقة، كما فعلَ عثمانُ ﷺ، فإنّه نكلَ عن اليمين، وقال: أخافُ أن يوافقه قضاء، فيقال - أي عثمان - : حلفَ كاذباً فلا يكونُ حجَّة مع الاحتمال، فلا يقضي به، ويمينُ المدَّعي دليلُ ظهورِ كونِهِ محقّاً في دعواه، كما كانت يمينُ المدعى عليه، فيرجعُ إلى يمينِ المدَّعي.

ولنا: إجماعُ الصَّحابةِ ﷺ، وروي عن عليٍّ ﷺ أيضاً أنّه وافقَ إجماعَهم، فإنّه روي عن شريح ﷺ: إنَّ المنكرَ طلبَ منه ردُّ اليمينِ عن المدَّعي، فقال: ليس لك إليه سبيل، وقضى بالنكول بين يدي عليٍّ ﷺ، فقال له عليٌّ ﷺ: قانون، ومعناها بالروميّة: أصبت.

وروي عن عمرَ ﷺ أنّ امرأةً ادَّعت عنده على زوجِها أنّه قال لها: حبلُك على غاربك، فحلَّفَ عمرُ ﷺ الزوج: باللهِ أردتَ طلاقاً، فنكل، فقضى عليه بالفرقة، وكذا روي عن ابنِ عبَّاسٍ ﷺ، وهو مذهبُ أبي موسى الأشعريّ ﷺ.

ولأن النُّكولَ دلَّ على كون المدَّعى عليه باذلاً إن كان النكولُ بدلاً، كما هو قولُ الإمام، أو مقرّاً إن كان النكولُ إقراراً، كما هو قولهما، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمينِ أداءً للواجب، ودفعاً للضَّررِ عن نفسِه، فترجَّحتْ هذه الجهةُ على غيرِها من الترفُّعِ والتورُّعِ والاشتباه؛ لأنَّ الظاهرَ أنّه يأتي بالواجب، فلا يرتفعُ عن الصادقة.

والظَّاهرُ من حالِ المسلمِ أنّه لا يكذب، فلا يكونُ نكولُهُ تورُّعاً عن الكاذبةِ ظاهراً باعتبارِ حاله، ولو كان لاشتباهِ الحالِ لاستَمْهَلَ حتى ينكشفَ له الحال، فتعيَّن أن يكونَ لأجلِ البذل، ولا وجهَ لردِّ اليمينِ على المدَّعي؛ لما روي من أنّ اليمينَ على المنكر. كذا قالوا[1].

---

(١) ينظر: «التبيين»(٤: ٢٩٦)، و«البحر»(٧: ٢٠٥)، وغيرها.

ثمَّ القضاءُ أحوط

ثمَّ القضاءُ أحوط[1]

[1]قوله: أحوط؛ أي على وجهِ الندب، قالوا: ينبغي للقاضي أن يقول: إنّي أعرضُ عليك اليمين، فإن حلفتَ وإلاَّ قضيتُ عليكَ بما ادَّعاه، وهذا الإنذارُ لإعلامِهِ بالحكمِ إذ الحكم بالنكولِ موضعَ الخفاء؛ لكونِهِ مجتهداً فيه، فإنَّ عند الشافعيِّ ﷺ لا يحكمُ بالنُّكول، بل يردُّ اليمينَ على المدَّعي، فإذا كَرَّرَ عليه الإنذارَ والعرضَ ولم يحلف حُكِمَ عليه، إذا عَلِمَ أنّه لآفةٍ به من طرشٍ وخرسٍ ونحوهما.

قال في «التبيين»(1): وعن أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ إنَّ التكرارَ حَتْمٌ حتى لو قضى القاضي بالنكولِ مرَّة لا ينفذ، والصحيحُ أنّه ينفذ، والعرضُ ثلاثاً مستحبّ، وهو نظيرُ إمهالِ المرتدِّ ثلاثةَ أيّام فإنّه مستحبٌّ؛ فكذا هذا مبالغةٌ في الإنذار، ولا بُدَّ أن يكونَ النُّكولُ في مجلسِ القاضي؛ لأنَّ المعتبرَ يمينُ قاطعٌ للخصومة، ولا معتبرَ باليمينِ عند غيره في حقِّ الخصومة، فلا يعتبر. انتهى.

وهل يشترطُ القضاءُ على فورِ النُّكول؟ فيه اختلاف؛ قال في «المُجْتَبى»: يشترطُ أن يكون القضاءُ على فورِ النكولِ عن بعضِ المشايخ، وقال الخصَّاف ﷺ: لا يشترط، حتى لو استمهلَه بعد العرضِ يوماً أو يومين أو ثلاثة فلا بأسَ به، وهو قولُ الأئمَّة الثلاثة. انتهى.

وقال في «المنح»(2): لم أر فيه ترجيحاً. انتهى. وقال في «الهداية»(3): هذا التكرارُ ذكرَهُ الخصَّافُ ﷺ لزيادةِ الاحتياط، والمبالغةُ في إبلاءِ العذر، فأمّا المذهبُ أنّه لو قضى بالنكولِ بعد العرضِ مرَّةً جازَ لما قدّمنا، هو الصحيح، والأوَّل أولى. انتهى.

وقال في «الدرِ المختار»(4): قدّمنا أنّه يفترضُ القضاءَ فوراً إلا في ثلاث. انتهى. وهي أن يرتابَ القاضي في طريقِ القضاء: كالبيّنة، وأن يستمهلَ الخصم: أي المدَّعي، وأن يكون لرجاءِ الصلحِ بين الأقارب، وظاهرُهُ أنّه لا خلاف. هكذا في «حاشية الطحطاويّ»(5)، وغيرها.

(1) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٩٦).
(2) «منح الغفار»(ق٢: ١٦١).
(3) «الهداية»(٣: ١٥٧).
(4) «الدر المختار»(٣: ٤٢٤).
(5) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٢٩٦).

ولا يردُّ اليمينُ علي مدَّعٍ وإن نكلَ خصمُه، ولا يحلفُ في نكاحٍ ورجعةٍ وفيء في إيلاءٍ واستيلادٍ ورق ونسبٍ وولاءٍ

ولا يردُّ[1] **اليمينُ على مدَّعٍ وإن نكلَ خصمُه)**، فيه خلافُ الشَّافعيّ[1] ﷺ فإنَّ عندهُ إذا نكلَ الخصمُ يُردُّ اليمينُ على المدَّعي، هذا بدعة، وأوَّلُ مَن قضى به عندنا معاويةُ[2] ﷺ، وهو مخالفٌ للحديثِ المشهور.

(ولا يحلفُ[3] **في نكاحٍ ورجعةٍ وفيء في إيلاءٍ واستيلادٍ ورقٍّ ونسبٍ وولاءٍ)**، اعلم أنَّ في هذه الصُّورِ لا يستحلفُ عندَ أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما: يستحلف، وصورتُها:

[1]قوله: **ولا يرد... الخ**؛ لأنّه ﷺ قال: «البيِّنةُ على المدَّعي، واليمينُ على مَن أنكر»[2]، ولا يجوزُ إبطالُ تقسيمِ الشرع.

[2]قوله: **معاوية** ﷺ؛ كنيته أبو عبدِ الرَّحمن، وهو ابن أبي سفيانَ صخرُ بن حربِ بن أميَّة الأمويّ، أسلمَ يوم الفتح، وقيل: قبل الفتح، وصحبَ النَّبيَّ ﷺ، وكان كاتبَ الوحي، أُولي إمارةَ الشامٌ عن حضرةِ سيِّدنا عمر وسيِّدنا عثمانَ ﷺ.

واستقلَّ بها بعدما صالحَ معه سيِّدنا الحسنُ بن سيِّدنا عليٍّ ﷺ، وماتَ في رجبَ سنةَ ستِّين ﷺ، وكان صحابيّاً جليلاً، وفقيهاً نبيلاً، دعا له رسولُ الله ﷺ حيث قال: «اللهمَّ علِّم معاويةَ الحسابَ والكتاب، وقهِ العذاب»[3]، وأحوال المفصلة مزبورة في «الإصابة» وغيرها من التواريخِ المبسوطة.

[3]قوله: **ولا يحلفُ** المنكرُ عند الإمامِ خلافاً لصاحبيه في تسعةِ أمور:

١.نكاح: قال القُهُسْتَانِيُّ[4]: أي نفسِ النِّكاحِ أو الرضا به، أو الأمر به، فلو ادَّعى أحدٌ من الزوجينِ بلا بيِّنةٍ نكاحاً على الآخر، وهو منكرُه لم يحلفْ عنده، بل

(١) ينظر: «أسنى المطالب»(٤ : ١٠٤)، و«فتوحات الوهاب»(٥ : ٣٩٣)، و«حاشية البجيرمي» (٤ : ٤٠٣).

(٢) في «سنن البيهقي الكبير»(١ : ٢٥٢)، قال النووي: حديث حسن.

(٣) في «صحيح ابن خزيمة»(٣ : ٢١٤)، و«صحيح ابن حبان»(١٦ : ١٩٢)، «التاريخ الكبير» (٧ : ٣٢٦).

(٤) في «جامع الرموز»(٢ : ٢٦٢).

....

ادَّعى الرَّجلُ النِّكاح، وأنكرتْ المرأةُ أو بالعكس، أو ادَّعى الرَّجلُ بعدَ الطَّلاقِ وانقضاء العدَّةَ الرَّجعةُ في العدَّة، وأنكرتْ المرأةُ أو بالعكس، أو ادَّعى الرَّجلُ بعدَ انقضاءِ مُدَّةِ الإيلاءِ الفيءَ في المدَّة، وأنكرتْ المرأةُ أو بالعكس، وادَّعى الرَّجلُ على مجهولِ النَّسبِ أنَّهُ عبدُهُ أو ابنُه، وأنكرَ المجهولُ أو بالعكس. واختصما في ولاءِ العتاق، أو ولاءِ الموالاةِ على هذا الوجه، أو ادَّعتْ الأمةُ على مولاها أنّها ولدتْ منهُ ولداً، أو ادَّعاهُ وقد ماتَ الولد، ولا يجري في هذه المسألةِ العكس؛ لأنَّ المولى إذا ادَّعى ذلكَ تصير أمَّ ولد بإقراره لا اعتبار لإنكار الأمَّة.

يُعَلِّقُ حتى وجدَ البيِّنة، ولها دفعُهُ بتحليفِ أنّها إن كانت امرأتُكَ فهي طالق، ويحلفُ عندهما، فعند أبي يوسفَ ﷺ: بالله كه تو يرازن نكردهء، وعند محمّد ﷺ: بالله كه وي زن تونيست دربن حال، وهو أحوط، كما في «القاعدي». انتهى.

وذكرَ البِرْجَنْدِيُّ نقلاً عن «الظهيريّة»: اختلفَ بعضُ المشايخِ في دعوى المرأةِ النِّكاح، وإنكارُ الزوجِ أن يحلفَ بالله ما هي زوجة لي، فإن كانت هي زوجة لي فهي طالقٌ بائن، وإنّما يحلفُ بالطلاق؛ لأنّه يجوزُ أن يكون كاذباً في الحلفِ بالله تعالى، ولا يقعُ الطلاقُ بذلك، فتبقى معطلة إن لم يقل ما ذكر. انتهى.

وقال الطَّحْطَاويُّ في «حاشية على الدر المختار»[1]: ولا تحليفَ في نكاحٍ مجرَّدٍ عن المالِ عند الإمامِ ﷺ بأن ادّعى رجلٌ على امرأةٍ أو هي عليه نكاحاً، والآخرُ ينكر، أمّا إذا ادَّعتِ المرأةُ تزوُّجَها على كذا، وادَّعتِ النفقة، وأنكرَ الزوجُ يستحلفُ اتّفاقاً. انتهى.

وقال العَيْنِيُّ في «الرمز»[2]: وكان ينبغي هاهنا قيد، وهو أن يقال في مجرَّدِ نكاح: يعني إذا لم يكن المقصودُ هو المال، وأمَّا إذا كان القصدُ هو المال، كما إذا ادَّعت امرأةٌ على رجلٍ أنّه تزوَّجَها بألفٍ وطلَّقها قبل الدخولِ بها، ولها عليه نصفُ المهر، فإنّه يستحلفُ بالإجماع، فإن نكلَ قضى عليه بنصفِ المهر. انتهى.

٢.ورجعة؛ بأن يدَّعي أحدُ الزَّوجينِ بعد انقضاء العدَّةِ على الآخرِ أنّه راجعَها في العدَّة، والآخرُ ينكرُها، فإن ادَّعى الرجعةَ في العدَّة يثبتُ بقولِهِ في الحالِ كما صرَّحوا به.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٢٩٦).

(٢) ينظر: «رمز الحقائق»(٢: ١٣٥).

....

....

٣. وفيء في إيلاءٍ؛ أي رجوع في مدَّةِ الإيلاء، بأن يدَّعي أحد على الآخرِ بعد مدَّة الإيلاءِ أنّه فاءَ ورجعَ إليها في مدَّةِ الإيلاء، والآخر منكر، فإن اختلفا قبل المدَّة يثبتُ الفيءُ بقوله. كذا في «جامع الرموز»[1]، وغيره.

٤. واستيلادُ؛ أي طلب ولد بأن يدَّعي أحدٌ من الأمةِ والمولى، أو الزوجةُ والزوجُ أنَّها ولدت منه ولداً حيّاً، أو ميِّتاً. كما في «قاضي خان»، لكن في المشاهيرِ أنّ دعوى الزوجَ والمولى لم يتصوَّر؛ لأنَّ النسبَ يثبتُ بإقراره، ولا عبرةَ لإنكارِها بعده، ويمكنُ أن يقال: إنّه بحسبِ الظَّاهرِ لم يدَّعِ النَّسب، كما دلَّ عليه تصويرُهم، كما في القُهُسْتَانيّ[2]، فتدبّر.

وقال البِرْجَنْدِيّ: ويمكنُ تصويرُ العكس، بأن حبلت الأمةُ من المولى وبعدما قربتْ الولادة أعتقَها قبلَ وضعِ الحمل، وقبلت الولد، وادَّعى المولى ديةَ الولدِ عليها، ولا بُدَّ في هذه الدَّعوى أوّلاً من ثبوتِ الولد، فأنكرتِ الأمةُ ذلك. انتهى.

٥و٦. ورقّ ونسب: بأن ادَّعى على مجهولٍ أنّه قنُّهُ أو ابنُه: وبالعكسِ بأن ادّعى مجهولُ الحالِ على رجلٍ أنّه مولاه، وأنكرَ المولى، أو ادَّعى مجهولُ الحالِ عليه أنّه أبوه، وهذا في دعوى نسبٍ مجرَّدٍ عن المال.

أمّا إذا ادَّعى مالاً بدعوى النَّسبِ بأن ادَّعى رجلٌ على رجلٍ أنّه أخوه، وقد ماتَ الأبُ وتركَ مالاً في يدِ هذا، وطلبَ الميراث، أو ادَّعى على رجلٍ أنّه أخوه لأبيه، وطلبَ من القاضي أن يفرضَ له النفقة، وأنكرَ المدعى عليه ذلك، فالقاضي يحلّفُهُ اتّفاقاً، صرَّحَ به العلامةُ الحَمَويُّ وغيره.

وقال الإِتْقَانيُّ: يثبتُ الاستحلافُ عند أبي يوسفَ ومحمَّد ﷺ في النسبِ المجرَّدِ بدون دعوى حقٍّ آخر، ولكن يشترطُ أن يثبتَ النسبُ بإقرارِ المقرّ: أي يكونُ النسبُ بحيث يثبتُ بالإقرار، أمّا إذا كان بحيثُ لا يثبتُ النسبُ بإقرارِ المقرّ، فلا يجري الاستحلافُ في النسبِ المجرَّد.

---

(١) «جامع الرموز»(٢ : ٢٦٢).

(٢) في «جامع الرموز»(٢ : ٢٦٢).

....

وإنّما يُسْتَحْلَفُ عندهما؛ لأنَّ النُّكولَ[1] إقرارٌ؛ لأنَّ الحلفَ واجبٌ عليه على تقديرِ صدقِهِ في إنكارِه، فإذا امتنعَ عُلِمَ أنَّه غيرُ صادقٍ في الإنكار، إذ لو كان صادقاً لأقدم على أداء الواجب، وهو الحلف، وإذا كان النُّكول إقراراً والإقرارُ يجري في هذه الأمور، فيحلفُ حتَّى إذا نَكَلَ مرَّة يُقْضَى بالنّكول.

وعندهما أيضاً: بيانُه: إنّ إقرارَ الرَّجلِ يصحُّ بخمسة: بالوالدين والولدِ والزوجةِ والمولى؛ لأنّه إقرارٌ بما لزمَه، وليس فيه تحميلُ النسب على الغير، ولا يصحُّ إقرارُهُ بما سواهم، ويصحُّ إقرارُ المرأةِ بأربعة: بالوالدينِ والزوجِ والمولى، ولا يصحُّ بالولد، ومَن سوى هؤلاء؛ لأنَّ فيه تحميلُ النسبِ على الغيرِ إلاَّ إذا صدَّقها الزوجُ في إقرارِها بالولد، أو تشهدَ لولادةِ الولدِ قابلة. صرَّحَ به الطحطاويُّ(١)، وغيره.

٧ – وولاءٌ؛ سواءٌ كان ولاءُ العتاقةِ أو ولاءُ الموالاةِ بأن ادّعى رجلٌ على رجلٍ معروفٍ أنّه مولاه، أو ادّعى المعروفُ ذلك وأنكرَ الآخر، فلا يحلفُ عند الإمامِ في هذه الأمور، وعندهما يحلف.

[1]قوله: لأنَّ النُّكول... الخ؛ تفصيلُه: إنَّ فائدةَ الحلفِ ظهورُ الحقِّ بالنكول، والنكولُ إقرار؛ لأنَّ اليمينَ واجب، فتركُهُ دليلٌ على أنّه باذلٌ أو مقرّ، ولا يمكنُ أن يجعلَ باذلاً؛ لأنّه يجوزُ ممّن لا يجوزُ منه البذل، كالمكاتَبِ والعبدِ المأذونِ له في التجارة، وكذا يجوزُ في الدَّين، ولا يجوزُ بذله.

ويجبُ على القاضي أن يقضيَ بالنكولِ ويصحُّ إيجابُهُ في الذمَّةِ ابتداءً، ولو كان بذلاً لما صحّ، ولا وجب، وكذا يجبُ القضاءُ به فيما دونَ النَّفسِ فتعيَّن أن يكونَ مقرّاً، والإقرارُ يجري في هذهِ الأشياءِ لكنَّه إقرارٌ فيه شبهةُ البذل، فلا يثبتُ به ما يسقطُ بالشبهاتِ كالحدودِ واللِّعان.

ألا ترى أنّها لا تثبتُ بالشهادةِ على الشهادة، ولا بكتابِ القاضي إلى القاضي، ولا بشهادةِ النِّساءِ مع الرِّجالِ لما فيها من الشبهات، وهذا لأنَّ نكولَه يدلُّ على أنّه كاذبٌ في الإنكار، ولولا ذلك لما نَكَل؛ لأنَّ اليمينَ الصادقةَ فيها ثوابُ ذكرِ اللهِ جَلَّ جَلالُهُ على وجهِ التعظيمِ وصيانةُ مالِهِ وعرضِهِ بدفعِ تُهمةِ الكذبِ عن نفسِه، والعاقلُ يميلُ إلى مثل هذه، واليمينُ الكاذبةُ فيها هلاكُ النفس.

---

(١) في «حاشيته»(٣: ٢٩٧).

ولأبي حنيفة[1] ﷺ: إنَّ المرءَ كثيراً ما يحترز عن اليمينِ الصَّادقة، فيبذلُ شيئاً ولا يحلف، وإذا أمكن حملُه على البذل لا يثبتُ الإقرارُ بالشَّكِّ فيحملُ على البذل، والبذلُ لا يجري في هذه الأشياء

فالظَّاهرُ أنّه عرضَ عنها مخافةَ الهلاكِ ومخالفةً لهواه، وشحّ نفسِهِ، وإيثار الرجوعِ إلى الحقّ إذ هو أولى من التمادي على الباطلِ كما قال الله ﷻ: ﴿وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾(١) فلا جرمَ أن يكونَ إقراراً، والإقرارُ يجري في هذهِ الأمور، والله عليمٌ بذاتِ الصدور(٢).

[1]قوله: ولأبي حنيفة ﷺ... الخ؛ تقريرُه: إنَّ النكولَ بذلٌ وإباحة؛ أي قطعُ الخصومةِ بدفعِ ما يدَّعيهِ الخصم؛ لأنَّ اليمينَ لا تبقى واجبةً مع النكول، وما كان كذلك فهو إمَّا بذلٌ أو إقرار، لكنَّ كونه بذلاً أولى؛ لئلا يصيرَ كاذباً في الإنكارِ السَّابق، وهذهِ الحقوقُ لا يجري فيها البذلُ والإباحة.

ألا ترى أنّه لو قال رجل: أنا حرٌّ، ودفعتُ نفسي إلى هذا ليَسْترقَّنِي، أو قال: أنا ابنُ فلان وأبحتُ لهذا أن يدَّعي نسبي، أو قالت امرأة: لستُ بزوجةٍ لهذا، وأبحت نفسي له، لا يصحّ [أن] يقضي عليه بالنكولِ كالقصاصِ في النفس، وكالحدودِ واللِّعان؛ ولهذا لا يجوزُ إلاَّ في مجلسِ القاضي وبقضائه، ولو كان إقراراً لجازَ مطلقاً، وبدونِ القضاء.

وكذا لو كفلَ رجلٌ لرجلٍ بما يقرُّ له به فلان، فادَّعى المكفولُ له على فلانٍ ديناً، فاستحلفَهُ فنكلَ لا يجبُ على الكفيلِ شيء، ولو كان إقراراً لوجب عليه. وكذا لو اشترى نصفَ عبدٍ ثم اشترى نصفَه الباقي، فوجدَ به عيباً فخاصمَه في النصفِ الأوّل، فاستحلفَهُ فنكلَ قضى عليه بالردّ.

ثمَّ أرادَ أن يردَّ النصفَ الآخرَ يحتاجُ إلى خصومةٍ واستحلافٍ جديدٍ إذا أنكر، ولو كان إقراراً لما استحلفَ ثانياً، بل كان يلزمُهُ كلُّهُ بالنُّكولِ الأوّل، وهذا لأنَّ اليمينَ تجبُ عليه إذا طلبَ تحليفَه لتنتهي به الخصومة، ومع البذلِ لا خصومةَ ولا طلب، فلا يجب.

---

(١) الحشر: ٩.

(٢) ينظر: «التبيين»(٤: ٢٩٧).

....

ويمكن أن يقال[1]: لمَّا لم يجزِ البذلُ في هذه الأشياء، لا يجعلُ النكولُ بذلاً، فيحمل على الإقرار، وفي «فتاوى قاضي خان»(1) ﷺ أن الفتوى على قولهما في النكاح.

وإنّما جازَ من المكاتَبِ والعبدِ والصبيِّ المأذونِ لهما؛ لأنَّ [فيه] ضرورةً، فيدخلُ تحتَ الإذنِ في التجارة، كما تدخلُ الضيافةُ اليسيرةُ والهديةُ اليسيرة، إذ لا بُدَّ للتجارةِ من ذلك، وإنّما جازَ في الدَّينِ بناءً على دعوى المدَّعي.

ومعنى البذل: تركُ المنع، وتركُ المنعِ جائزٌ في المال؛ لأنَّ أمرَ المالِ هيِّن، بخلافِ هذه الأشياءِ السبعة، وإنّما وجبَ على القاضي أن يقضيَ بالنكولِ بحكمِ الشرعِ لِمَا أنَّ المدَّعي كان له الشيءُ المدَّعى ظاهراً، وأبطلَهُ المنكرُ بالنِّزاع، والشرعُ أبطلَ نزاعَهُ إلى اليمين.

فإذا امتنعَ اليمينُ عادَ الأصلُ بحكمِ الشرعِ، وإنّما صحَّ إيجابُهُ بالذمَّةِ ابتداءً بناءً على زعمِ المدَّعي أنّه مُحِقٌّ، وأنَّ معنى البذلِ تركُ المنع، ولئن كان بذلاً حقيقةً، فالمالُ يجبُ فيه في الذمَّةِ ابتداءً كالكفالةِ والحوالة.

وذكرَ في «شرحِ الجامع» لقاضي خان ﷺ، و«الواقعات»، و«الفصول»: إنَّ الفتوى على قولهما، وهو اختيارُ فخرِ الإسلام ﷺ، وقيل: هو اختيارُ المتأخّرين.

وقيل: ينبغي للقاضي أن ينظرَ في حالِ المدَّعي فإن رآه مُتَعَنِّتاً يأخذُ بقولهما ويحلِّفُه، وإن رآهُ مظلوماً لا يحلِّفُه، وهو نظيرُ ما اختارَهُ شمسُ الأئمَّةِ ﷺ في التوكيلِ بالخصومة لغيرِ رضاءِ الخصم: إنَّ القاضي إن رأى من الخصمِ التعنُّت وقصدَ الإضرارَ بالآخرِ قبل التوكيلِ بغيرِ رضاه، وإلاَّ فلا.

ثمَّ اعلم أنّه إذا لم يستحلفْ المنكرَ عند الإمامِ في النسبِ هل تقبلُ بيّنةُ المدَّعي؟ ينظرُ: فإن كان نسباً يثبت بالإقرارِ، وتقبلُ بيِّنتُه مثلُ: الولدِ، والوالدِ، وإن لم يثبتْ بإقرارِهِ لا تقبلُ بيِّنتُه مثلُ: الجدِّ، وولدِ الولد، والأعمامِ، والأخوةِ، وأولادهم؛ لأنَّ فيه حملُ النسبِ على الغيرِ بخلافِ دعوى المولى الأعلى أو الأسفل حيث تقبلُ، وإن ادّعى أنه مُعْتَقُ جَدِّه، ونحو ذلك، والتفصيلُ في «السراجِ الوهّاج» وغيره(2).

[1]قوله: ويمكن أن يقال... الخ؛ قال يعقوب باشا(3): فيه كلام، وهو أنَّ الفرقَ

---

(1) «فتاوى قاضي خان»(2: 429)، وعبارته: والفتوى على قولهما فيه لعموم البلوى.

(2) ينظر: «التبيين»(4: 298).

(3) في «حاشيته»(ق139/أ).

وحدٌ ولعانٍ، وحلفَ السَّارقُ، وضَمِنَ إن نكَل، ولم يقطع

(**وحدٌ ولعانٍ**[١]): أي كما إذا ادَّعى رجلٌ على آخرَ أنَّك قذفتَني بالزِّنا، وعليك الحدُّ لا يستحلفُ بالإجماع، وكذا إذا ادعت المرأةُ على الزَّوجِ أنَّك قذفتني بالزِّنا وعليك اللِّعان.

(**وحلفَ السَّارقُ**[٢]، **وضَمِنَ إن نكَل، ولم يقطع**)؛ لأنَّ المالَ[٣] يلزمُ بالنكول لا القطع

ثابتٌ بين قصدِ البذلِ وعدمِ جوازِهِ شرعاً، فلا يمكنُ القولُ المذكورُ إلا أن يدَّعيَ أنّه لا يقصدُ به البذلُ إلا بعد الجريان، لكنّه بعيدٌ كما لا يخفى. انتهى.

[١]قوله: **وحدٌ ولعان**؛ أي ولا يحلفُ في حدٍّ ولا في لعانٍ اتّفاقاً، أمّا الحدُّ فهو خالصُ حقِّ الله تعالى: كحدِّ الزنا والشرب والسرقة، أو حقُّه تعالى فيه غالبٌ: كحدِّ القذف، فإنَّ حقَّ العبدِ فيه مغلوب، وأمّا اللِّعان فهو قائمٌ مقامَ حدِّ الزِّنا في جانبِ الزوج، فلا يثبتُ بالنكولِ الذي هو إقرارٌ مع شبهة.

وذكرَ الزَّيْلَعِيُّ رحمه الله(١) نقلاً عن الصدرِ الشهيدِ رحمه الله: إنَّ الحدودَ لا يستحلفَ فيها بالإجماعِ إلاَّ إذا تضمَّنَ حقّاً بأن علَّقَ عتقَ عبدِهِ بالزنا، وقال: إن زنيتَ فأنتَ حرٌّ، فادَّعى العبدُ أنّه قد زنى ولا بيِّنةَ له عليه يستحلفُ المولى، حتى إذا نكلَ ثبتَ العتقُ دونَ الزنا. انتهى.

[٢]قوله: **وحلفَ السارق**... الخ؛ يعني إنّ السارقَ يحلفُ بالاتّفاق عند إرادةِ أخذِ المال، ويقول فيه: بالله تعالى ما له عليك هذا المال.

وعن محمَّد رحمه الله: إنّ القاضي يقولُ للمدَّعي: ماذا تريد؟ فإن قال: أريدُ القطع، يقولُ في جوابه: إنَّ الحدودَ لا يستحلفُ فيها، وإن أريدَ المالُ يقول له: دعْ دعوى السَّرقةَ وادَّعِ المال. كذا في «مجمع الأنهر»(٢)، و«التبيين»(٣)، فإن نكلَ عن الحلفِ ضَمِنَ المالَ ولا يقطع.

[٣]قوله: **لأنَّ المال**... الخ؛ تقريرُه: أن يوجبَ فعلُه شيئان:

---

(١) في «تبيين الحقائق»(٤: ٢٩٨).

(٢) «مجمع الأنهر»(٢: ٢٥٦).

(٣) «تبيين الحقائق»(٤: ٢٩٩).

وكذا الزَّوج إذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول، وكذا في النِّكاح إذا ادَّعت هي مهرها

(**وكذا الزَّوج إذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول**[1]) ؛ **لأنَّه يَحْلِفُ في الطلاق إجماعاً**[2]، فإن نكلَ ضمنَ نصف مهرها.

(**وكذا في النِّكاح إذا ادَّعت هي مهرها**) : أي إذا ادَّعت المرأةُ النِّكاح، وطلبتْ المالَ[3] كالمهرِ أو النفقة، فأنكرَ الزوجُ يحلف، فإن نكلَ يلزمُ المال، ولا يثبتُ الحلُّ[4] عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنَّ المالَ يثبتُ بالبذل لا الحِلّ.

١. الضمان: وهو يجبُ مع الشُبهةِ فيجبُ بالنكول.

٢. والقطع: وهو لا يجبُ مع الشبهة، فلا يجبُ بالنُّكول، فصار كما إذا شهدَ عليها رجلٌ وامرأتين، أو ثبتت بالشهادةِ على الشهادة، أو بكتابِ القاضي إلى القاضي، فإنَّ ضمانَ المالِ يجبُ فيها دونَ القطع.

[1]قوله: **قبل الدخول**؛ وكذا بعد الدّخول. كذا في «النتائج»(1)، وإنّما وضعَ المسألةَ في الطلاقِ قبلَ الدُّخول؛ لأنّه لو أطلقَ ينصرفُ إلى الطلاقِ الذي يلزمُ منه المهرُ تامّاً، ويبقى أمرُ الطَّلاقِ الذي يلزمُ منه نصفُ المهرِ مستوراً، فكشفُهُ أولى مع أنَّ لزومَ الحلفِ في الطلاقِ بعد الدُّخول بالطريقِ الأولى، فإنّه إذا استحلفَهُ قبل تأكُّدِ المهر، فبعدَه أولى. كذا في «مجمع الأنهر»(2).

[2]قوله: **لأنّه يحلفُ بالطَّلاقِ إجماعاً**؛ لأنَّ فيه دعوى المال، والاستحلافُ يجري في المالِ إجماعاً.

[3]قوله: **وطلبت المال**؛ كالمهرِ أو النفقةِ إشارةٌ إلى أنَّ ذكرَ ادَّعاءِ المهرِ اتّفاقي، والحكمُ ليس مخصوصاً به، بل إذا ادَّعتِ النّكاحَ وطلبتِ المال، سواءً كان ذلك المالُ مهرها أو نفقتها، وأنكرَ الزوجُ يحلف.

[4]قوله: **ولا يثبتُ الحلّ**؛ فإن قيل: ينبغي أن يثبتَ الحلُّ أيضاً؛ لأنّه يثبتُ بالشُبهات.

قلنا: قد عرفتَ أنَّ البذلَ لا يجري إلاَّ في المالِ والحلُّ شيءٌ آخر.

---

(١) «نتائج الأفكار»(٧: ١٧٦).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢: ٢٥٦).

وكذا في النَّسبِ إذا ادَّعى حقّاً كإرثٍ ونفقة وغيرهما، وكذا منكرُ القَوَد، فإن نكلَ في النَّفس حُبِسَ حتَّى يُقِرَّ أو يحلف، وفيما دونَها يقتصّ

(**وكذا**[1] **في النَّسبِ إذا ادَّعى حقّاً كإرثٍ**[2] **ونفقة**[3]): أي يحلفُ في دعوى النَّسبِ إذا ادَّعى المدَّعي مالاً، فيثبتُ بالنّكول المالَ لا النَّسبَ عند أبي حنيفةَ ﷺ، (**وغيرهما**): كالحَجْرِ في اللقيط[4]، وامتناع الرُّجوع في الهبة[5].

(**وكذا منكرُ القَوَد**[6]): أي يحلفُ إجماعاً، (**فإن نكلَ في النَّفس حُبِسَ حتَّى يُقِرَّ أو يحلف، وفيما دونَها يقتصّ**)

فإن قيل: يلزمُ على هذا أن يتحقَّقَ الملزوم، أعني المهرَ، بدون اللازم: أعني النكاح.

قلنا: ثبوتُ المهرِ في الواقع يستلزمُ ثبوتَ النكاحِ في الواقع، وأمّا ثبوتُهُ عند القاضي فلا يستلزمُ ثبوتَ النكاحِ عندَه لجوازِ أن يقومَ الحجَّةُ على الأوَّلِ دونَ الثَّاني، واللازمُ من المسألةِ هو ثبوتُ المهرِ عند القاضي بدونِ ثبوتِ النِّكاحِ عنده، ولا محذورَ فيه لعدمِ الاستلزام.

[١]قوله: وكذا... الخ؛ يعني وكذا يحلفُ في النَّسبِ إذا ادَّعى حقّاً؛ لأنَّ المقصودَ هو هذا الحقّ وإثباتُ المال، ويجري الاستحلافُ في مثله، فعند النكولِ يثبتُ المالُ دون النسب.

[٢]قوله: كإرث؛ بأن يدَّعي زيدٌ على عمرو أنّه أخو المدَّعى عليه، ومات أبوهما وتركَ مالاً في يدِ المدَّعى عليه، فإنّه يحلفُ على النَّسبِ إجماعاً، فإن حلفَ بريءَ، وإن نكلَ يقضي بالمالِ دون النسب.

[٣]قوله: ونفقة؛ أن يدَّعي زَمِنٌ على موسرٍ أنّه أخوه وأنّ نفقته عليه، فأنكرَ المدَّعى عليه الأخوَّة يحلفُ إجماعاً، فإن نكلَ يقضي بالنَّفقةِ دون النسب.

[٤]قوله: كالحجرِ في اللَّقيط؛ بأن كان صبيٌّ لا يعبِّرُ عن نفسِهِ في يدِ ملتقطٍ فادَّعته أُختُه حرَّةٌ تريدُ قصرَ يدِ المُلْتَقِطِ بحقِّ حضانتها، وأرادت استحلافَه فنكل، يثبتُ لها الحجرُ دون النسب.

[٥]قوله: وامتناعُ الرجوعُ في الهبة؛ بأنَّ الواهبَ أرادَ الرجوعَ فقال الموهوبُ له: أنا أخوك فلا رجوعَ لك، فالواهبُ يستحلف، فإن نكلَ ثبتَ الامتناعُ من الرجوعِ ولا يثبتُ النَّسب.

[٦]قوله: وكذا منكرُ القَوَد؛ يعني وكذا يحلفُ مَن ادَّعى قصاصاً على غيرِهِ

....

فإن الأطرافَ[١] بمَنْزلةِ الأموال، فيجري فيها البذل بخلاف النَّفس هذا عند أبي حنيفةَ ، وأمّا عندهما: يلزمُ الأرشُ[٢] في النَّفس وما دونها، فإن النّكولَ إقرارٌ فيه شبهةٌ، فلا يثبتُ به القصاص، بل يلزمُ المال.

فجحدَهُ سواء كان ذلك القصاصُ قصاصاً في النفسِ أو في الطرف، فإن نكلَ في دعوى النفسِ لم يقتصَّ منه بل حبس، حتى يقرَّ فيقتصُّ منه، أو يحلفُ فيطلقُ عن الحبس، وإلاَّ يحبسُ أبداً وإن نكلَ فيما دون النفسِ يقتصُّ منه.

[١]قوله: **فإنَّ الأطراف**... الخ؛ تقريرُه: إنَّ الأطرافَ خُلِقَتْ وقايةً للنَّفسِ كالأموال، فلذا يسلكُ بها مسلكَ الأموالِ حتى أبيحَ قطعُها للحاجة، ولا يجبُ على القاطعِ الضمان إذا قطعَها بأمرِهِ بخلافِ النَّفس، فإنّه لو قتلَهُ بأمرِهِ يجبُ عليه القصاصُ في رواية، والديةُ في أخرى.

وإذا سلكَ بها مسلكَ الأموالِ يجري فيها البذلُ كالأموال، إلاَّ أنّه لا يجوزُ قطعُها بلا فائدة، وهذا البذلُ مفيدٌ لدفعِ الخصومة، فصارَ قطعُ اليدِ للأكلة، وقلعُ السنِّ للوجع، وإذا امتنعَ القصاصُ امتناعَه في النفس، واليمينُ حقٌّ مستحقٌّ عليه يحبسُ فيه، كما في [القسامة](١).

وما أوردَه أبو المكارمِ من أنّه يتوجّه عليه لزومُ قطع يدِ السَّارقِ بالنُّكول، وقد مرَّ أنّه لا يقطع، ليس بوارد؛ لأنَّ قَوَد الطرفِ حقُّ العبد، فيثبتُ بالشبهةِ كالأموال، بخلافِ القطعِ في السرقة، فإنّه خالصُ حقِّ اللهِ ، وهو لا يثبتُ بالشبهة، فظهرَ الفرق. فتدبّر(٢).

[٢]قوله **يلزم الأرش**... الخ؛ تقريره: إن عندهما يلزمُه الدِّيَة في النفسِ والطرفِ كليهما، فإنّ النكولَ إقرارٌ فيه شُبهةٌ عندهما؛ لأنه إن امتنعَ عن اليمين تورُّعاً عن اليمين الصادقة لا يكون إقراراً، بل يكون بذلاً، فلَمَّا كان إقراراً فيه شُبهةٌ فلا يثبتُ به القصاص.

ويجب به المال خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهةِ مَن يجبُ عليه

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣٠٠).

(٢)ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٢٥٧).

فإن قال: لي بيِّنةٌ حاضرةٌ

(فإن قال[1]: لي بيِّنةٌ حاضرةٌ)(١)

القصاص، كما إذا أقرَّ مَن يجبُ عليه القصاصُ بالخطأ، والوليُّ يدعي العمد فيحنئذٍ يجبُ المال، وفيما نحن فيه كذلك؛ لأنه لم يصرِّح بالإقرار فأشبه الخطأ.

أمَّا إذا كان من جهةِ مَن له القصاص كما إذا أقامَ على ذلك رجلاً وامرأتين لا يقضي عليه بشيء، وكذا بالشهادة على الشهادة لا يقضي بشيء؛ لأن القصاص سقطَ فيه لمعنىً من جهةِ مَن له، فلا يجب عليه شيء.

وفي النكول لمعنىً من جهة مَن عليه فيصارَ إلى الأرش لا محالة؛ لأن المالَ فيه أصل ثم يتعدَّى إلى الحدِّ، فإذا اقتصر يبقى الأصلُ على حاله، وهاهنا الأصلُ القصاص ثمّ يتعدَّى إلى المال إذا وجد شرطه. فتدبَّر فيه.

[١]قوله فإن قال... الخ؛ أي إن قال المدِّعي لي بيِّنة حاضرةٌ في المصر، وطلبَ يمين خصمِه لم يحلف، وهذا عند الإمام، وقال أبو يوسف ﷺ: يستحلف؛ لأن اليمينَ حقَّه بالحديث المعروف، فإذا طالبَه به يجيبه، وله غرضٌ صحيحٌ في الاستحلاف، وهو أن يدفعَ به مؤنةَ المسافة ويتوسَّل به إلى حقِّه في الحال بإقراره أو نكوله، وفي البيِّنة احتمال فلعلَّها لا تقبل فيجيبه إذا طلبَه، كما إذا كانت خارجَ المصر.

وللإمام ﷺ: إن ثبوتَ الحقِّ في اليمين مرتَّبٌ على العجز عن إقامة البيِّنة، فلا يكون حقُّه دونه، كما إذا كانت البيِّنةُ حاضرةً في المجلس بخلاف ما إذا كانت خارج المصر؛ لأنه قد يتعذَّرُ عليه الجمعُ بين خصمِه وشهودِه، فكان عاجزاً؛ ولأن في استحلافِه مع حضور الشهود هتكُ المسلمِ إذا أقامَ البيِّنة بعد[ما] حلف فيجبُ أن يتوقَّاه.

وفي الاستدلال بالحديث المعروف وهو قوله ﷺ للمدَّعي: «ألك بيِّنة فقال: لا، فقال ﷺ: لك يمينه، فقالك يحلف ولا يبالي، فقال ﷺ: ليس لك إلا شاهداك أو يمينه»(٢)، كما تقدم ذكره، نظراً لأنه ﷺ إنّما جعلَ له اليمين عند فقده البيِّنة ومحمّد مع أبي يوسف ﷺ فيما ذكره الخَصَّاف ﷺ، ومع الإمام فيما ذكره الطَّحاوي ﷺ كما في أكثر المعتبرات(٣).

---

(١) هذا إذا كانت البينة حاضرة في المصر غائبة عن مجلس الحكم حتى لو كانت غائبة عن المصر يحلف، أو كانت في مجلس الحكم لا يحلف. ينظر: «فتح باب العناية»(٣: ١٦٧).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣٠٠).

وطلبَ حلفَ الخصمِ لا يحلفُ ويكفلُ بنفسِهِ ثلاثةَ أيَّام، فإن أبى لازمَه

أي في المصر[١]، حتَّى لو قال: لا بيِّنةَ لي، أو شهودي غُيَّبٌ، يحلفُ ولا يكفل[٢]، (**وطلبَ حلفَ الخصمِ لا يحلفُ ويكفلُ[٣] بنفسِهِ ثلاثةَ أيَّام[٤]، فإن أبى لازمَه**)

[١]قوله: **أي في المصر**؛ قيدَ الشارح ﷺ بقوله في المصر؛ لأن البيّنةَ لو كانت في مجلسِ الحكم لا يحلف بالاتفاق، وان كانت خارج المصر يحلف بالاتفاق، فلعلَّه أشار إلى ما اختلف فيه وإلى ما اختاره الفقهاء.

[٢]قوله: **يحلف ولا يكفل**؛ لأنه لا فائدةَ في التكفيل، فإنَّ الفائدةَ هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال.

[٣]قوله: **ويكفل**؛ كيلا يُغيِّبَ نفسَه فيضيعُ حقُّ المدَّعي، والقياس: أن لا يؤخذَ كفيلٌ قبل إقامةِ البيِّنةِ لعدمِ تعلُّقِ حقِّ المدَّعي حينئذٍ فإن مجرَّدَ الدعوى ليس سبباً للاستحقاق كيف وقد عارضَه الخصمُ بالإنكار.

فينبغي أن لا يجبُ عليه إعطاء الكفيل، وهو مذهب الشافعي ﷺ، لكن استحساناً فيه؛ لأن في أخذِ الكفيل نظراً للمدّعي، وليس فيه كثيرُ ضرر بالمدعى عليه؛ لأنه إن لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرَّر، وإن كان من قصدِه كان ظالماً فلا ينظر له، فيكفل احتياطاً، ثمّ يجب أن يكون الكفيل ثقةً معروفاً بين الناس لا يتوهّم اختفاؤه حتى يحصلَ به فائدة التكفيل.

[٤]قوله: **ثلاثة أيّام**؛ هذا التقدير مرويٌّ عن الإمام، وهو الصحيحُ. كما في «الهداية»(١)، و«الكافي»، وعن أبي يوسف ﷺ: إنه مقدَّرٌ بما بين مجلسِ القاضي حتى إذا كان يجلسُ في كلِّ يوم يكفلُ إلى اليوم الثاني، وإن كان يجلسُ في كلِّ عشرة أيّام يوماً يكفل إلى عشرة أيّام وصححَّه في «الخانية»، ولا فرقَ في الظاهر بين الخاملِ والوجيه والحقيرِ من المال والخطير. كذا في «الهداية»(٢).

وعن محمّد ﷺ: إنه إن كان معروفاً، والظاهرُ من حاله لا يخفي نفسَه بذلك القدر من المال لا يجبرُ على إعطاء الكفيل، وكذا لو كان المدَّعي حقيراً لا يخفي الإنسانُ نفسَه لأجلِه لا يجبرُ على التكفيل، لكن إذا أعطى هو باختياره يؤخذُ منه. كذا في «التبيين»(٣).

---

(١) «الهداية»(٣: ١٥٩).

(٢) «الهداية»(٣: ١٥٩).

(٣) «تبيين الحقائق»(٤: ٣٠٠).

والغريبُ قَدْرَ مجلسِ الحكمِ، ولا يكفلُ إلاَّ إلى آخرِ المجلس

أي إن أبى[١] الخصمُ عن إعطاء الكفيلِ لازمه المدَّعي ثلاثةَ أيّام، ثُمَّ عطفَ على الضَّميرِ المنصوب في لازمَه قولُه: (**والغريبُ قَدْرَ مجلسِ الحكمِ**): أي لازمَ المدَّعي الغريبَ مقدارَ ما يكونُ القاضي جالساً في المحكمة،[٢] (**ولا يكفلُ إلاَّ إلى آخر المجلس**): أي إن أخذَ منه الكفيلَ لا يؤخذُ إلاَّ إلى آخرِ مجلسِ الحكم[٣]، فإن أتى بالبيِّنة فيها، وإلاَّ[٤] يُحَلِّفُهُ إن شاء أو يدعَه.

[١]قوله: **أي إن أبى... الخ**: أي إن أبى الخصمُ أن يكفلَ لا يجبرُه القاضي على التكفيل، بل يأمره أن يلازمَه ويدورَ معه حيث يسير مقدار مدَّة التكفيل على القولين حتى لا يغيب، ولا يلازمه مكاناً معيَّناً ولا يلازمَه في المسجد؛ لأنه بُني للذكر، وإذا انتهى إلى داره.

ذكر في «الزيادات»: إنه إمّا أن يأذن للمدَّعي في الدخول معه أو يجلسَ معه على باب الدار؛ لأنه لو تركَه يدخل ربَّما يهربُ من جانب آخر، وإن كان الخصمُ امرأةً لازمها وجلس معها وقبض على ثيابها.

فإن هربت ودخلت خربةً لا بأس بدخوله عليها إذا كان الرجل يأمن على نفسه، ويكون بعيداً منها يحفظها بعينه؛ لأن في هذه الخلوة ضرورة. ذكره شيخنا العلامة الطحطاوي في «حاشيته على الدر المختار»(١).

[٢]قوله: **مقدار ما يكون القاضي جالساً في المحكمة**؛ لأن هذا القدر يحصلُ به النظر للمدَّعي، فأمّا في إمساكه على باب القاضي يوماً أو أكثر؛ ليحضر المدَّعي بيِّنة ضرر على المطلوب، فإذا جاء أوان قيام القاضي عن المجلس ولم يحضر المدّعي بينة، فإن القاضي يحلِّفَه ويخلِّي سبيل المطلوب ليذهب حيث شاء.

[٣]قوله: **إلاَّ إلى آخر مجلسِ الحكم**؛ لأنه يلحقَه الضرر بالزيادة على ذلك، فلا يزادُ عليه ولا ضررَ في هذا القدر ظاهراً.

[٤]قوله **وإلا إلى... الخ**؛ أي وإن لم يأت بالبيِّنة، فالقاضي بالخيار إن شاءَ حلَّفَه إن شاء خلَّى سبيله.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٢٩٩ - ٣٠٠).

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

والحلفُ باللهِ لا بالطّلاق والعتاق، فإنَّ ألح الخصمُ، قيل: صحَّ بهما في زمانِنا، ويُغَلّظُ بصفاتِه

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

(والحلفُ باللهِ لا بالطّلاق والعتاق[1]، فإنَّ ألح الخصمُ[2]، قيل: صحَّ بهما في زمانِنا) أي جازَ للقاضي أن يُحَلِّفَهُ بالطّلاق والعتاق، (ويُغَلّظُ بصفاتِه[3])

[1]قوله: **والحلفُ بالله لا بالطلاق والعتاق**؛ أي الحلفُ الذي يقضي بالنكول عنه لا يكون إلاَّ بالله دون غيره، ولا بالطلاق والعتاق ونحوهما؛ لما في «الصحيحين»، من حديث ابن عمر رضي الله عنه إن النبي ﷺ، قال: «مَن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»(1).

ولما أخرجَه النَّسَائيُّ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال قال رسول الله ﷺ: «لا تحلفوا إلاَّ بالله ولا تحلفوا إلاَّ وأنتم صادقون»(2)، فظهرَ أن الحلفَ لا يجوزُ إلاَّ بالله تعالى لا بالطلاق والعتاق ونحوهما.

[2]قوله: **فإن ألح الخصمُ**... الخ؛ أي فإن بالغ الخصمُ على التحليف بالطلاق أو العتاق أو نحوهما، قيل: جاز للقاضي أن يحلِّفَه بذلك؛ لقلَّة المبالاة باليمين بالله تعالى، ومَن قال بالتحليف لم يقل: إنه مشروع، بل قال إنه غير مشروع لكن يعرض عليه لعلَّه امتنع، فإن من الأدنى ديانةً لا يحلف بمثل ذلك كاذباً، فإنه يؤدِّي إلى طلاقِ الزوجةِ وعتقِ الأمة، أو إمساكِهما بالحرام بخلاف اليمين بالله جل جلاله، فإنّه يتساهلُ به في زماننا كثيراً.

ثم إن نكلَ لا يقضي عليه بالنكول؛ لأنه امتنعَ عمَّا هو منهيٌّ عنه شرعاً، ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ، ولو طلب المدعي عليه تحليف الشاهد، أو المدَّعي أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي؛ لأنا أمرنا بإكرام الشهود، والمدَّعي لا يجب على اليمين خصوصاً إذا أقام بيّنة.

[3]قوله: **ويغلّظ بصفاته**؛ يعني إن الحلفَ قد يغلّظُ بذكر أوصاف الله جل جلاله؛ لأن أحوال الناس مشتبهة، فمنهم: مَن يمتنعُ عن اليمين بالتغليظ ويتجاسرُ عند عدمه،

(1) في «صحيح البخاري»(2: 951)، و«صحيح مسلم»(3: 1267)، وغيرها.

(2) في «سنن النسائي»(3: 123).

لا بالزّمان والمكان

نحو: بالله الطالبِ الغالب[1]، المدرك المهلك، الحيّ الذي لا يموت أبداً، ونحو ذلك، **(لا بالزّمان والمكان)**، هذا عندنا، وعند الشَّافِعِي[2] [3] ﷺ(١) يُغَلَّظ بالزَّمانِ كبعد صلاةِ العصرِ يوم الجُمُعة، وبالمكان كالمسجدِ الجامع عند المنبر.

فيغلّظُ عليه لعلّه يمتنعُ بذلك.

قال في «الهداية»(٢): والقاضي بالخيار إن شاء غلَّظَ وإن شاءَ لم يغلِّظ فيقول: قل بالله أو والله، وقيل: لا يغلّظُ على المعروف بالصّلاح ويغلّظُ على غيره، وقيل: يغلّظُ في الخطير من المال دون الحقير. انتهى.

[1]قوله: **نحو بالله الطالب الغالب**... الخ؛ ومثل قوله: والله الذي لا إله إلاّ هو عالمُ الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السرِّ ما يعلم من العلانيّة ما لفلان هذا عليك، ولا قبلك هذا المال الذي ادَّعاه، وهو كذا لا شيء منه.

وما ذكره الشارح ﷺ فيه تردد، فإنّ أسماء الله ﷻ توقيفيَّة كما تقرَّر في موضعِه، والاختيارُ في صفةِ التغليظ إلى القضاة يزيدون فيه ما شاؤوا وينقصون ما شاؤوا. كذا في «خزانة المفتيين».

ثم يحترزُ عن عطف بعض الأسماء على البعض، كيلا يتكرَّرَ عليه اليمين، فإن المستحقَّ يمينٌ واحدة، فلو ذكر بالله والرحمن والرحيم بالواو صارت ثلاثة أيمان، والمستحقُّ يمينٌ واحدةٌ، ولو أمره بالعطف فأتى بواحدة، ونَكَلَ عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول؛ لأنه قد أتى ما هو المستحقُّ عليه، ولو غلَّظَ عليه فحلفَ من غير تغليظٍ ونَكَلَ عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول؛ لأن المقصودَ هو الحلفُ بالله ﷻ قد حصل. كما صرَّحوا به.

[2]قوله: **وعند الشافعي** ﷺ... الخ؛ قال الشافعي ﷺ: إن كانت اليمينُ في قسامةٍ أو في لعان، أو في مال عظيم يبلغُ مائتي مثقال تغلَّظَ بالمكان فيحلفُ بين الركنِ والمقام إن كان بمكّة، وعند قبر النبي ﷺ إن كان في المدينة، وعند الصخرة إن كان في بيت المقدس، وفي الجوامع في غيرها فإن لم تكن ففي المساجد، ويكون ذلك يوم الجمعة بعد العصر.

---

(١) ينظر: «التنبيه»(ص١٦١)، وغيره.

(٢) «الهداية»(٣: ١٥٩).

وحلفَ

(وحلفَ[1]

ولنا: إطلاق قوله ﷺ: «واليمين على من أنكر»(١)، والتخصيص بالمكان أو الزمان زيادةٌ على النصّ، وهو النسخ؛ ولأنّ المقصودَ تعظيمُ المقسمِ به، وهو يحصلُ بدون ذلك؛ ولأن فيه حرجاً على القاضي حيث يكلّفُ الحضور، وهو مدفوع؛ ولأن فيه تأخيرُ حقِّ المدَّعي في اليمين فلا يشرع؛ ولأنه أحد ما ينقطعُ به الخصومة، فلا يختصُّ بهما كالبيّنة. كذا في «التبيين»(٢).

واعلم أن ظاهرَ المتن عدم مشروعيتِه. وذكر في «مجمع الأنهر»(٣) نقلاً عن «الحاوي القُدُسي»: ولا يستحبُّ تغليظُ اليمين بهما. انتهى. وظاهرٌ أنه مباح؛ لأنه نفي الاستحباب، وهو لا يستلزمُ نفي الإباحة بخلاف العكس، وينبغي للقاضي أن يعظّم حرمةَ اليمين أوَّلاً، ويتلو عليه: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾(٤) الآية. كما في «الاختيار»(٥)، وغيره.

[١]قوله: وحلف اليهودي؛ لما روي عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ، قال لليهود: «وأنشدكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على مَن زنى»(٦)، أخرجَه أبو داود؛ ولأنّ أهلَ الكتاب يعتقدون نبوةَ نبيِّهم فيؤكّدَ عليهم بذكر المُنَزَّل على نبيِّهم.

والمجوسيُّ يعتقد تعظيمَ النار فيؤكّد عليهم بذكر خلقها، والوثنيُّ وهو الذي يعبدُ غير الله تعالى يعتقدُ أن الله تعالى خالقه، وإنّما يشركُ مع الله تعالى غيره بدليل قوله ﷻ: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَ ٱلسَّمَـٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾(٧).

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ٣٠٢).

(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ٢٥٩).

(٤) آل عمران: ٧٧.

(٥) «الاختيار»(٢: ٣٧٠).

(٦) في «سنن أبي داود»(٣: ٣١٢)، وفي «صحيح البخاري»(٣: ١٣٣٠) بلفظ آخر

(٧) لقمان: ٢٥.

....

....

ذكر الطَّحْطَاويّ[١] نقلاً عن «البدائع»[٢]: لا يحلف على الإشارة إلى مصحف معيّن: أي من التوراة بأن يقول: بالله الذي أنْزل هذه التوراة أو هذا الإنجيل؛ لأنه ثبت تحريفُ بعضِهما، فلا يؤمن أن تقع الإشارة إلى الحرف المحرف فيكون التحليف تعظيماً لما ليس كلام الله جَلَّلهُ. انتهى.

وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: إنه لا يحلفُ أحدٌ إلاّ بالله جَلَّلهُ خالصاً احترازاً عن إشراك غيرِه في التعظيمِ مع اللهِ جَلَّلهُ.

وذكر الخَصَّاف رضي الله عنه: أنه لا يحلفُ غير اليهوديِّ والنصرانيِّ إلا بالله تعالى، وهو اختيارُ بعض مشايخنا؛ لأن في ذكر النار في اليمين تعظيمٌ لها؛ لأن اليمين تشعرُ بذلك، ولا ينبغي أن يعظِّمَ النار بخلاف التوراة والإنجيل؛ لأن تعظيمَ كتبِ الله تعالى واجبٌ.

وما ذُكِر هاهنا هو المذكور في الأصل، فكأنه وقع عند محمد رضي الله عنه: يعظمونها تعظيم المسلم الشعائرَ، ولا يعبدونَها حقيقةً. هكذا ذكر الزَّيْلَعِي[٣]، وغيره.

لكن يشكلُ عليه: إن الدهريّة منهم لا يعتقدونَه، ولا دلالةَ في الآية على ما ذكر؛ لأن الوثنيَّ يعبدُ غيرَ الله جَلَّلهُ ويعتقدُ أن اللهَ جَلَّلهُ خالقُه.

ويمكن أن يقال: إن الدهري هو مَن يقول بقدم الدهر، وبإسناد الحوادث إليه، ويقول: إن مبدأ الممكنات هو الله تعالى كما قيل، فلم يلزم عدم اعتقاد الله تعالى وعدم دلالة النصِّ. فتدبر فيه.

وقال في «الاختيار»[٤]: ولو اقتصرَ في الكلِّ على قولِه بالله فهو كافٍ؛ لأن الزيادةَ للتأكيد كما قلنا في المسلم، وإنّما يغلّظ ليكون أعظم في قلوبهم، فلا يتجاسرون على اليمين الكاذبة. انتهى.

وقال في «البحر»[٥] معزياً إلى «المحيط»: إن ما ذكر في الكتاب قول محمّد رضي الله عنه، وما

---

(١) في «حاشيته على الدر»(٣: ٣٠١).

(٢) «بدائع الصنائع»(٦: ٢٢٨).

(٣) في «تبيين الحقائق»(٤: ٣٠٢).

(٤) «الاختيار»(٢: ٣٧١).

(٥) «البحر الرائق»(٧: ٢١٤).

اليهوديُّ باللهِ الذي أنزلَ التَّوراة على موسى عليه السلام، والنَّصْرانِيُّ بالله الذي أنزلَ الأنجيلَ على عيسى عليه السلام

اليهوديُّ[١] باللهِ الذي أنزلَ التَّوراة على موسى عليه السلام، والنَّصْرانِيُّ[٢] بالله الذي أنزلَ الأنجيلَ على عيسى عليه السلام

ذكره الخَصَّافُ رضي الله عنه قولهما، وظاهر كلامهم: إن الكافر إذا حلفَ بالله فقط، ونَكَلَ عمَّا ذكر يكفي، ولا يقضي عليه بالنكول عن الوصيف؛ لأنه من باب التغليظ فيكتفي بالله جل جلاله. انتهى.

[١]قوله: **اليهودي**؛ منسوب إلى يهود، وقال في «الصراح»: هو وجود وان يهود بالياء كذلك وارادوا باليهود اليهوديين ولكنهم حذفوا ياء الاضافة كما قالوا زنجي وزنج وانما عرف على هذا الحد فجمع على قياس شعيره وشعير، ثم عرف الجمع بالألف واللام، ولولا ذلك لم يجز دخول الألف واللام عليه؛ لأنه معرفة مؤنث فجرى في كلامهم مجرى القبيلة، ولم يجعل كالحي. انتهى.

وقال في «المصباح المنير»(١): هو اسم نبيٍّ عربيٍّ؛ ولهذا ينصرف، وهاد الرجل هوداً إذا رجع فهو هائدٌ، والجمعُ هودٌ مثل بازل وبُزْل، وسمي بالجمعِ وبالمضارع، وفي التنزيل: ﴿وَقَالُوا۟ كُونُوا۟ هُودًا أَوْ نَصَـٰرَىٰ﴾(٢)، ويقال: هم يهودُ غيرُ منصرف للعلميةِ ووزنِ الفعل.

أو لأنه جعل قبيلةً كما قيل: هذا مجوس غير منصرف؛ لأنهم أرادوا به القبيلة، ويجوز دخول الالف واللام، فيقال: اليهود، وعلى هذا فلا يمتنع التنوين؛ لأنه نقل عن وزنِ الفعلِ إلى باب الأسماء، والنسبةُ إليه يهوديّ، وقيل: اليهوديُّ نسبةٌ إلى يهودا بن يعقوب عليه السلام. انتهى.

[٢]قوله: **النصراني**؛ قال في «المصباح»(٣): رجلٌ نصرانيٌّ وامرأةٌ نصرانيّةٌ، وربَّما يقال: رجل نَصْرَانٌ ونَصْرَانةٌ، ويقال: هو نسبةٌ إلى قرية اسمُها نَصْرَة، قاله الوَاحِديّ؛

---

(١) «المصباح المنير»(ص٦٤٢).

(٢) البقرة: ١٣٥.

(٣) «المصباح المنير»(ص٦٠٨).

والمجوسيُّ بالله الذي خَلَقَ النار، والوثنيُّ بالله تعالى، ولا يَحْلِفونَ في معابدِهم

والمجوسيُّ[١] بالله الذي خَلَقَ النار، والوثنيُّ[٢] بالله تعالى، ولا يَحْلِفونَ في معابدِهم[٣]

ولهذا قيل في الواحد نَصْرِيٌّ على القياس، والنصارى جمعُه مثل مهر ومهارَى، وقيل: نسبةً إلى قريةٍ اسمُها النصران، ثم أطلق النصراني على مَن تَعبَّدَ بهذا الدين. انتهى.

[١]قوله: **والمجوسيُّ**؛ نسبةً إلى المجوس، والمجوس أمّة من الناس، وهي كلمة فارسية، يقال تَمَجَّسَ صار من المجوس، كما يقال تهوَّد وتنصَّرَ إذا دخلَ في دين اليهود والنصارى، ومجَّسَه أبواه إذا جعلاه مجوسياً. كذا في «المصباح»(١)، وغيره.

[٢]قوله: **والوثنيُّ**؛ نسبةً إلى الوثن؛ وهو بفتحتين بت ووثن اوثان ج. كذا في «الصراح»، وقال في «المصباح»(٢): الوثنُ الصنمُ سواء كان من خشبٍ أو حجرٍ أو غيره، والجمعُ وُثُن، مثل أسد وأُسْد وأوثان، وينسب إليه من يتديَّن بعبادته على لفظه، فيقال: رجل وثنيٌّ، وقوم وثنيونٌ، وامرأةٌ وثنيّةٌ، ونساءٌ وثنياتٌ. انتهى.

وفيه أيضاً(٣): الصَّمُّ هو الوثن، يقال للمُتَّخَذِ من الحجارةِ والخشب، ويقال الصنم: المتَّخذُ من الجواهر المعدنيّة التي تذوب، والوثنُ هو المُتَّخَذُ من حجر أو خشب. انتهى.

[٣]قوله: **ولا يحلفون في معابدهم**؛ لكراهة دخولِها لقاضٍ وغيره من حيث أنها مجمع الشياطين لا من حيث أنه ليس له حقُّ الدخول، والظاهرُ أنها تحريمية؛ لأنها المرادةُ عند إطلاقهم.

قال في «البحر»(٤): وقد أفتيت بتعزير مسلمٍ لازم الكنسيةَ مع اليهود. انتهى. وعن أبي الخطّاب الحنبلي ﷺ: إن كان لهم مواضع يعظّمونَها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلّفوا فيها. وبه قال مالك ﷺ في رواية. ذكره الشُّمُنِّيُ في «كمال الدراية»(٥).

---

(١) «المصباح المنير»(ص٥٦٤).

(٢) «المصباح»(ص٦٤٨ - ٦٤٩).

(٣) أي في «المصباح المنير»(ص٣٤٩).

(٤) «البحر الرائق»(٧: ٢١٤).

(٥) «كمال الدراية»(ق٥٩٥).

ويَحْلِفُ على الحاصل في البيع والنِّكاحِ: بالله ما بينكما بيعٌ قائم، أو نكاحٌ قائمٌ في الحال، وفي الطلاق: ما هي بائن منك الآن، وفي الغصب: ما يجبُ عليك ردُّه

ويَحْلِفُ[1]على الحاصل[2] في البيع والنِّكاحِ: بالله ما بينكما بيعٌ قائم، أو نكاحٌ قائمٌ في الحال[3]، وفي الطلاق: ما هي بائن منك[4] الآن، وفي الغصب[5]ما يجبُ عليك ردُّه

[١]قوله: **ويحلف**... الخ؛ هذا نوعٌ آخر من كيفيةِ اليمين، وهو الحلفُ على الحاصل والسبب، والضابط في ذلك: إن السبب إمّا أن يرتفعَ برافع أو لا، فإنّ كان الثاني، فالتحليفُ على السبب بالإجماع، وإن كان الأول فإن تضرَّر المدّعي بالتحليف على الحاصل؛ فلذلك، وإن لم يتضرَّر يحلفُ على الحاصل عند الإمام ومحمّد ﷺ، وعند أبي يوسف ﷺ: يحلَّفُ على السبب. كما ستعرف.

[٢]قوله: **على الحاصل**؛ أي على صورة إنكار المنكر، وهذا معناه الاصطلاحي، فإن معناه اللّغوي: هو ما بقيَ وثبتَ وذهبَ ما سواه. كما في «القاموس»(١)، ويمكن اعتبارُه هاهنا، فإنّه يحلفُ على الثابتِ والمستقرِّ الآن.

[٣]قوله: **في الحال**؛ متعلِّقٌ بكلا القولين، وتقديرُ الكلام: بالله ما بينكما بيعٌ قائمٌ في الحال، أو بالله ما بينكما نكاحٌ قائمٌ في الحال، والأوّل إذا ادّعى أنه اشتراه، والثاني إذا ادَّعت النفقةَ فلو ادّعت النكاح كان المثال على مذهب الصاحبين لا على مذهب الإمام، فعنده حينئذٍ لا يحلف لما مرّ سابقاً.

وقال شيخنا العلامة الطَّحطاوي(٢): وهذا في النكاح على قولِه محمولٌ على ما إذا كان مع النكاح دعوى المال، أمّا إذا تجرَّدَ عنها، فإن الإمام لا يرى الحلفُ فيه والمذهبُ قولُهما، وهو التحليفُ، قاله المقدسي. انتهى.

[٤]قوله: **ما هي بائن منك**؛ أي بالله ما هي بائنٌ منك، وهذا في البائن الواحد، وأمّا إذا كان بالثلاث يحلفُ بالله ما طلقتُها ثلاثاً في النكاح الذي بينكما، وفي الرجعي: يحلفُ بالله ما هي طالق في النكاح الذي بينكما، وهو معنى قوله الآن.

[٥]قوله: **وفي الغصب**... الخ؛ وفي الوديعة: بالله ما له هذا الذي ادّعاه في يدك وديعة، ولا شيء من الذي في يدك، ولا له قِبَلَك حقٌّ، ويحلِّفُه في الدَّين: بالله ما له

---

(١) «القاموس»(٣: ٣٦٨).

(٢) في «حاشيته على الدر»(٣: ٣٠٤).

لا على السَّببِ باللهِ ما بعتُهُ، ونحوه

لا علـى السَّببِ[1] **باللهِ ما بعتُهُ، ونحوه)**، مثل: بالله ما نكحتُها، وبالله ما طلقتُها، وبـالله مـا غـصبت؛ لأنَّ هذه الأسبابَ[2] ترتفعُ بأن باعَ شيئاً، ثم تقايلا، فإن حلفَ على السَّببِ يتضرَّرُ المدَّعى عليه، هذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه ومحمَّد رضي الله عنه.

وعـند أبـي يوسـف رضي الله عنه: يحلـفُ علـى الـسَّببِ[3] في جمـيع ذلـك إلاَّ عـند تعريضِ المدَّعى عليه بأن يقول: أيُّها القاضي لا تُحَلِّفْنِي على السَّبب، فإن الإنسانَ قد يبيع، ثُمَّ يقيل، أو يُطلِّقُ ثُمَّ يتزوجُ.

عليك من الدين والقرض قليلٌ ولا كثير؛ لاحتمال أنّه أدّى البعض، أو أبرأه منه فلا يحنث في يمينِه على الجميع. هذا ما اختارَه في «الاختيار»(1)، وغيره.

[1]قوله: **لا على السبب**... الخ؛ يعني أنّه لا يحلفُ على السبب، نحو أن يقول في البيع: بالله ما بعته؛ لاحتمال أنّه باع ثمّ أَقَال، ولا يحلف في النكاح: بالله ما نكحتُها؛ لاحتمال أنّه نحكَها ثمّ خالعَها أو أبانَها.

ولا يحلفُ في الطلاق: بالله ما طلَّقتُها؛ لاحتمالِ أنّه طلَّقَها ثمّ نكحَها، ولا يحلفُ في الغصب: بـالله مـا غـصبتُه؛ لاحتمالَ أنّـه غـصبَ ثـمَّ سَلَّمَ أو ملكَ بالهبة أو بالبيع، وكذا لا يحلف في الوديعة: بالله ما أودعتك هذا؛ لاحتمالِ أنّه أودعه ثم ردَّه أو هلكَ في يدِه بغير صنعه.

[2]قوله: **لأنّ هـذه الأسباب**... الخ؛ يعـني أنّ هـذه الأسبابَ قد تقعُ ثمَّ ترتفع، فالبيعُ بالإقالة والنكاحُ بالطلاق، والطلاقُ بالنكاحِ الجديد، والغصبُ بالهبة، فلو حلفَ على السبب لتضرَّر المدَّعى عليه؛ لأنّ حلفَهُ عليه في هذه الوجوه كاذبٌ، وإقرارٌ به، ثمَّ ادَّعاؤه طردُ الرّافع لا يسمع.

[3]قوله: **يحلفُ على السبب في جميع ذلك**؛ لأنَّ اليمينَ حقُّ المدَّعي فيحلفُ على وفقِ دعواه، وهي هاهنا السبب، فيحلف إلاَّ إذا قال المدَّعى عليه عند عرضِ القاضي اليمين عليها: أيُّها القاضي لا تُحَلِّفني على السبب، فإن الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقيل فيه، فحينئذٍ يحلفُ على الحاصل، وصار العدولُ عن اليمين على مقتضى الدعوى حقّاً للمنكرِ حين طالب به.

---

(1) «الاختيار»(٢: ٣٧٢).

....

وقيل[١](١): ينظرُ إلى إنكارِ المدَّعى عليه، فإن أنكرَ السببَ يَحْلِفُ عليه، وإن أنكرَ الحكمَ يحلفُ على الحاصل كدعوى الشفعة، هذا ما قالوا.

ولقائل[٢] أن يقول: ينبغي أن يحلفَ على السَّببِ دائماً، وإن عَرَضَ المدَّعى عليه، فلا اعتبار لذلك التَّعريض؛ لأنَّ غايةَ ما في الباب أنَّه وَقَعَ البيع، ثم وَقَعَ الإقالة، ففي دعوى الإقالةِ يصيرُ المدَّعى عليه مدَّعياً، فعليه البيِّنةُ على الإقالة، فإن عجزَ فعلى المدَّعي اليمين.

---

[١]قوله: وقيل... الخ؛ قائله شمسُ الأئمّة الحَلْوَانِيُّ ، ويفهمُ من تقريرِ الزَّيْلَعِيّ(٢): إنّه روايةٌ عن أبي يوسف ، وذكر العَيْنيُّ(٣) نقلاً عن «الذخيرة»: وهو حسن، وعليه عملُ أكثر القضاة. انتهى.

وقال فخر الإسلام : يفوَّضُ إلى رأي القاضي. انتهى. ثمَّ اعلم أنّ هذا الخلافُ فيما إذا لم يكن في التحليفِ على الحاصل ضررٌ بالمدّعي، وفيما إذا كان السببُ يرتفع برافع؛ ولذا قال المصنّف : فيما سيأتي إلاَّ إذا لَزِمَ تركُ النظر للمدَّعي... الخ.

[٢]قوله: ولقائلٍ أن يقول... الخ؛ حاصلُه: إنَّ المناسبَ أن يعمَّ الحلف على السبب، ويجري في جميع الصور، ولا فائدةَ في استثناءِ صورةِ التعريض؛ لأنَّ في صورةِ التعريض إن وقعَ البيعُ ثمّ الإقالة، فالمدّعى عليه إذا ادَّعى الإقالةَ صار مُدَّعياً، فعليه أن يقيمَ البيِّنةَ على الإقالة، فإن أقامَها فبها، وإن عجزَ عنها فاليمين على المدَّعي؛ لأنّه صار حينئذٍ المدَّعى عليه، وهاهنا كلامٌ نفيس.

وهو أنّه يحتملُ أن تقعَ الإقالةُ بلا شهود، والخصمُ يكون ممَّن يقدمُ على اليمينِ الكاذبةِ ففيه تَوَى حقُّ المسلم، وفي صورةِ الطلاق إن حلفَ على السببِ يتضرَّر به المدَّعى عليه؛ لأنّه قد يعجزُ عن إقامةِ البيِّنةِ على النكاح، ولا حلف فيه عنده، فتَوَى حقّه، فتدبّر.

---

(١) قائله شمسُ الأئمّة الحَلْوَانِيُّ ، وفي «الذخيرة»: وهو حسن، وعليه عملُ أكثر القضاة. وقال فخر الإسلام : يفوَّضُ إلى رأي القاضي. ينظر: «التبيين»(٤: ٣٠٣)، و«البناية» (٧: ٤٣٠).

(٢) في «تبيين الحقائق»(٤: ٣٠٣).

(٣) في «البناية»(٧: ٤٣٠).

إلاَّ إذا لزم ترك النَّظرَ للمدَّعي، فيحلفُ على السَّببِ كدعوى شفعةٍ بالجوار، ونفقةِ المبتوتة، والخصم لا يراهما

(**إلاَّ إذا لزم**[1] **ترك النَّظرَ للمدَّعي، فيحلفُ على السَّببِ كدعوى شفعةٍ بالجوار، ونفقةِ المبتوتة، والخصمِ لا يراهما**): أي يحلفُ على الحاصلِ[2] إلاَّ أن يلزمَ من الحلفِ على الحاصلِ تركُ النَّظرِ للمدعي، فحينئذٍ يحلفُ على السببِ كدعوى الشفعة بالجوار، فإنَّه يمكنُ أن يحلفَ على الحاصل أن لا يجب الشُّفعة بناءً على مذهبِ الشَّافِعِيِّ(1) ﷺ، فإنَّ الشُّفعةَ لا تثبت بالجوار عنده، فيحلفُ المشتري: باللهِ ما اشتريتُ هذه الدار، وكذا إذا ادعت المرأة النفقة بالطلاق البائنِ كالخلعِ مثلاً، فإنَّه لا يَجِبُ النَّفقةُ عند الشَّافِعِيِّ(2) ﷺ. ويجبُ عندنا، فإن حلفَ باللهِ ما يَجِبُ عليك النفقة، فربَّما يحلفُ على مذهب الشَّافِعِيِّ ﷺ، فيحلفُ على السَّببِ باللهِ ما طلقتُها طلاقاً بائناً.

[1] قوله: **إلا إذا لزم... الخ**؛ استثناءٌ من قوله: ويحلف على الحاصل... الخ؛ فالحاصلُ أنَّه لا يحلف على الحاصلِ إذا لزمَ تركَ النَّظرِ للمدّعي، بل يحلفُ حينئذٍ على السبب.

[2] قوله: **أي يحلفُ على الحاصل... الخ**؛ يعني إنَّ الحاصلَ هو الأصلُ عند الطرفينِ إذا كان سبباً يرتفعُ برافعٍ كالبيع، يقال فيه: والغصب يفسخُ بالهبة، والنكاحُ يفسخ بالخلعِ والطلاق، يتجدَّدُ فيه بعد الإبانة، فيحلفُ على الحاصل عندهما، إلاَّ إذا لزمَ من الحلفِ على الحاصلِ تركُ النَّظرِ للمدَّعي.

فحينئذٍ يحلفُ على السببِ بالإجماعِ رعايةَ لجانبه، مثل أن يدَّعي شفعةَ بالجوار، أو تدَّعي مبتوتةٌ نفقةَ العدَّة، والخصمُ لا يراهما بناءً على مذهبِ الشافعيِّ ﷺ، فإنَّ الشفعةَ بالجوارِ لا تثبتُ عنده.

وكذا لا تجبُ نفقةُ المبتوتةِ عنده، فالخصمُ يحلفُ على السَّبب: باللهِ لا اشتريتُ هذه الدّار، وما هي معتدّةٌ منك، إذ لو حلفَ على الحاصل: باللهِ لا تجبُ الشفعة عليك، وباللهِ لا تجبُ عليك النفقة، يصدَّقُ في يمينه في اعتقاده، فيفوِّتُ النظرَ في حقِّ المدَّعي.

(١) ينظر: «التنبيه»(ص٨٠)، وغيره.
(٢) ينظر: «التنبيه»(ص١٢٩)، وغيره.

وكذا في سببٍ لا يرتفعُ كعبدٍ مسلمٍ يدَّعي عتقَه

(وكذا في سببٍ[١] لا يرتفعُ كعبدٍ مسلمٍ يدَّعي عتقَه)، فإنَّ المولى يحلفُ باللهِ ما أعتقتُه، فإنَّه لا ضرورةَ إلى الحلفِ على الحاصل؛ لأنَّ السَّببَ لا يمكن ارتفاعُه، فإن العبدَ المسلمَ إذا أعتقَ لا يُسْتَرَّق

فإن قلت: إنَّ المدَّعى عليه يتضرَّرُ ببطلانِ الشفعةِ بتأخير الطلب.

قلت: لا بدَّ للقاضي من الإضرارِ بأحدهما، والأولى بالضررِ المدّعى عليه؛ لأنّه متمسّك بعارضِ السقوط، والمدَّعي بالأصل حيث أثبتَ حقَّه بالسببِ الموجب من الشراء، فيجبُ التمسُّك بالأصل حتى يقومَ الدليل على العارض، وقد استفيدَ من هاهنا أنّه لا اعتبارَ بمذهبِ المدَّعى عليه.

وأمّا مذهبُ المدّعي ففيه اختلاف:

فقيل: إنّه لا اعتبارَ به أيضاً، وإنّما الاعتبارُ لمذهبِ القاضي، فلو ادَّعى شافعيٌّ شفعةَ الجوارِ عند حنفيٍّ سمعَها.

وقيل: لا.

وقيل: يسأله القاضي: هل يعتقد وجوبها أو لا، وفي «شرح الصدر الشهيد»: إن الأخير أوجه الأقاويلَ وأحسنُها. ذكره في «البحر»[١] نقلاً عن «خزانة المفتيين».

وذكرَ فيه[٢]: إنّه ذكرَ الصدرُ ﷺ حكايةً عن القاضي أبي عاصم ﷺ: إنّه كان يدرس، وخليفته يحكم، فاتَّفقَ أن امرأةً ادَّعت على زوجها نفقةَ العدَّة، فأنكرَ الزوجُ فطلبَ منه أن يحلف: ما عليك تسليمُ النفقةِ من الوجهِ الذي تدَّعي، فلما تهيّأ الرجلُ نظرتِ المرأةُ إليه.

فعَلِمَ لماذا نظرتْ إليه فنادى خليفتَه، سل الرجل: من أيِّ محلّةٍ هو، فإن كان من أصحابِ الحديث: حلّفه بالله، ما هي معتدَّةٌ منك؛ لأنَّ الشافعيَّ لا يرى النفقةَ للمبتوتة، وإن كان من أصحابنا: حلِّفه بالله عليك تسليمُ النفقةِ إليها من الوجهِ الذي تدَّعي نظراً لها. انتهى.

[١]قوله: وكذا في سبب... الخ؛ يعني وكذا يحلفُ على السبب، إن كان السبب

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ٢١٦).

(٢) «البحر الرائق»(٧: ٢١٦).

وفي الأمةِ والعبدِ الكافرِ على الحاصل، ويحلفُ على العلمِ من وَرِثَ شيئاً فادَّعاه آخر وعلى البتاتِ إن وُهِبَ له أو اشتراه

(**وفي الأمةِ**[1] **والعبدِ الكافرِ على الحاصل**)؛ لأنَّ السَّببَ قد يرتفع فيهما، أمَّا في الأمة فالبردَّةِ واللَّحاقِ إلى دارِ الحرب، ثُمَّ السَّبي، وأمَّا في العبدِ الكافرِ فبنقض العهدِ واللَّحاق، ثُمَّ السَّبي.

(**ويحلفُ على العلمِ**[2] **من وَرِثَ شيئاً فادَّعاه آخر وعلى البتاتِ إن وُهِبَ له أو اشتراه**)، البتات: القطع، فالموهوبُ له والمشتري يحلفان بالله ليس هذا ملكاً لك

سبباً يرتفعُ برافع، كما أنَّ العبدَ المسلمَ ادَّعى عتقَه الواقعُ في إسلامه على مولاه، وهو ينكرُه، فالمولى يحلفُ على السبب: بالله ما أعتقُه، ولا ضرورةَ حينئذٍ إلى الحلفِ على الحاصل؛ لأنَّ السببَ لا يرتفعُ فإنّه لا يتصوَّرُ عودُه إلى الرقّ؛ لأنّه إذا ارتدّ يقتل، والهربُ إلى دارِ الحرب نادر، بخلافِ الأمةِ والعبدِ الكافر، فإنّ فيهما يحلفُ على الحاصل. كما سيأتي.

[1] قوله: **وفي الأمة**... الخ؛ يعني فيما إذا ادَّعت الأمةُ على مولاها أنّه أعتقَها، فإنَّه لا يحلف: بالله ما أعتقتُها، ولكن يحلفُ على الحاصل؛ أي ما هي حرَّةٌ في الحال.

وكذا إذا ادّعى العبدُ الكافرُ على مولاهُ بالعتقِ فإنّه لا يحلف: بالله ما أعتقتُه، بل يحلف على الحاصل: أي ما هو حرٌّ في الحال؛ لأنَّ الرقَّ بعد العتقِ يتكرَّرُ على الأمةِ بالردَّة، واللَّحاقِ بدارِ الحرب ثمَّ السَّبي، وعلى العبد الكافر بنقضِ عهدِ الذمّة، واللَّحاق بدارِ الحرب ثمَّ السَّبي، ولا يتكرَّرُ على العبد المسلم كما عرفتَ آنفا.

[2] قوله: **ويحلف على العلم**... الخ؛ هذا نوعٌ آخرُ من كيفيَّةِ اليمين، تقريرُه: إنَّ مَن ورثَ شيئاً من عينٍ، عَلِمَ ذلك بعلمِ القاضي أو إقرارِ المدّعي أو بيّنة المدّعى عليه، فادّعاه آخر، ولا بيِّنةَ للمدَّعي وأرادَ القاضي تحليفَ الوارثِ، فيحلِّفُهُ على العلم؛ أي علمُ المدّعى عليه، فيقول له القاضي: بالله ما تعلم أنَّ هذا العينَ له، ولا يحلِّفُه على البتات؛ لأنَّ الوارثَ لا يعلمُ بما صنعَه المورثُ[1].

وإن وهبَ شيءٌ للمدَّعى عليه، أو اشتراه المدَّعى عليه بلا بيّنةٍ ثمَّ ادَّعاه المدَّعي بلا بيّنةٍ أنّه له، فالموهوبُ له أو المشتري: يحلفُ بالله ليس ملكاً للمدَّعي؛ لأنَّ قبولَ

(١) ينظر: «مجمع الأنهر» (٢: ٢٥٨).

وصحّ فداءُ الحلفِ والصلحِ منه

فعدمُ الملك مقطوعٌ به بخلافِ الوارث، فإنه يحلف بالله لا أعلم أنَّه ملك لك، فإنَّه ينفي العلم[1] بالملك، وعدم الملكِ ليس مقطوعاً به في كلامِه.

(وصحَّ فداءُ الحلفِ[2] والصلحِ منه

الهبةِ والشراءِ سببٌ لثبوتِ الملك بالاختيار، ولو لم يعلم أن العينَ ملكُ البائعِ له لَمَا باشرَ الشِّراءَ باختياره، ولا قَبِلَ الهبةِ بخلافِ الملكِ في الإرث، فإنّه يثبتُ للوارثِ جبراً، ولا علمَ له بحالِ ملكِ المورث.

والأصلُ في ذلك أنَّ اليمينَ إن كانت على فعل الغيرِ فهي على العلم، وإن كانت على فعلِ النفس فهي على البتات. ذكرَ الزَّيْلَعِيُّ(١)، والعَيْنِيُّ(٢) نقلاً عن الحَلْوَانِيِّ: هذا الأصلِ مستقيمٌ في المسائلِ كلِّها إلاَّ في الردِّ بالعيب.

فإنّه إذا ادَّعى المشتري أنَّ العبدَ أبق ونحو ذلك، فأرادَ المشتري تحليفُ البائعِ فإنّه يحلِّفه على البتات، مع أنّه فعلُ غيره وإنّما كان كذلك؛ لأنَّ البائعَ ضمنَ تسليمَ المبيعِ سالماً عن العيوب، فالتحليفُ يرجعُ إلى ما ضَمِنَ بنفسِهِ فيحلفُ على البتات. انتهى.

ثمَّ كلُّ موضعٍ يجبُ اليمين فيه على البتات، فحلفَ على العلم، لا يعتبرُ حلفُهُ حتى لا يقضيَ القاضي عليه بالنكول، ولا يسقطُ اليمينُ عنه، وكلُّ موضعٍ يجبُ اليمينُ فيه على العلم، فحلفَ على البتات، يعتبرُ حلفه حتى يسقطَ اليمين عنه، ويقضي القاضي عليه بالنكول؛ لأنَّ الحلف على البتات آكد، فيعتبرُ مطلقاً بخلاف العكس، ذكره الشُّمُنِّيّ(٣)، وغيره.

[1]قوله: **فإنّه ينفي العلم**؛ وذكر فخرُ الإسلام ﷺ في «الجامع الصغير»: المشتري والموهوبُ له مالكٌ بسببٍ شرعيٍ وضعَ له، وهذا يفيدُهُ علماً بأنّه ملكَه لا ملكَ غيره، فصحَّ تحليفُهُ بالثبات، فإن أبى فقد امتنعَ عمَّا هو مطلقٌ له، فصار باذلاً، فأمّا الوارثُ فلا علمَ له بما صنعَ المورث، فطولبَ بعلم إن كان له، وإذا لم يفعلْ مع الإمكانِ صار باذلاً. كذا في «الكفاية»(٤).

[2]قوله: **وصحَّ فداءُ الحلف والصلحُ منه**؛ لما روي عن حذيفةَ ﷺ أنّه افتدى يمينه

---

(١) في «تبيين الحقائق»(٤: ٣٠٣).

(٢) في «الرمز»(٢: ١٣٩).

(٣) في «كمال الدراية»(ق٥٩٦).

(٤) «الكفاية»(٧: ١٨٩ - ١٩١).

ولا يحلفُ بعده

ولا يحلفُ بعده[١]): أي إذا توجَّه الحلفُ، فقال: أعطيتُ هذه العشرة فداءً عن الحلف على كذا، وقبل الآخر، أو قال المدَّعي: صالحتُ عن دعوى الحلفِ على كذا، وقبلَ الآخرُ صحَّ، وسقطَ حقُّ الحلفِ.

بمال، وكذا عثمانُ ﷺ افتدى يمينَه حين ادَّعى عليه أربعونَ درهماً، فقيل: ألا تحلف وأنت صادق، فقال: أخافُ أن يوافقَ قدرٌ يميني، فيقال: هذا بيمينِهِ الكاذبة؛ ولأنّ فيه صونُ عرضِهِ وهو مستحسنٌ عقلاً وشرعاً. ذكره الحَمَوي، وذكرَ الصدرُ الشهيدُ أنَّ الاحترازَ عن اليمينِ الصادقة واجب. انتهى.

أي ثابتٌ بدليلِ جوازِ الحلفِ صادقاً، وقد وقعَ من النبيِّ ﷺ تعليماً وتشريعاً، ثمَّ الافتداءُ قد يكون بمال، مثل المدَّعي غالباً، وقد يكون بأقلَّ منه، وأمّا الصلحُ منه فإنَّما يكون منه على مال، هو أقلُّ من المدَّعي غالباً. كذا في «النهاية»، وغيرها.

وقيَّدَ بالفداءِ والصلح؛ لأنّ المدَّعي لو أسقطَ اليمين قصداً بأن قال: برئت من الحلف، أو تركتُه لك، أو وهبتُهُ لا يصحّ، وله التحليفُ بخلافِ البراءةِ عن المال؛ لأنّ التحليفَ للحاكم. كذا في «كتاب الدعوى» من «الفتاوى البَزَّازيّة».

[١]قوله: ولا يحلفُ بعدَه؛ يعني ليس للمدَّعي أن يستحلفَه على تلكَ اليمينِ أبداً؛ لأنّه أسقطَ حقَّه بالافتداءِ أو الصلح، وفيه إشعارٌ بأنّه لا يجوزُ أن يبيعَ اليمين؛ لأنّ الشراءَ عقدُ تمليكِ المالِ بالمال، واليمينُ ليست بمال، فله أن يستحلفَه بعد ذلك.

❊❊❊

باب التحالف[1]

(ولو اختلفا[2] في قَدْرِ الثَّمنِ[3]، أو المبيع

[1]قوله: **باب التحالف**؛ لمّا قدَّم يمينَ الواحدِ ذكرَ يمين الاثنين؛ ليناسبَ الوضع الطبع، وليس المراد بالتحالفِ معناه اللغوي، فإنّه هو التعاهدُ لغة. كما في «الصراح»، يقال: تحالفا: إذا تعاهدا وتعاقدا على أن يكون أمرُهُما واحداً في النصرةِ والحماية. كذا في «المصباح»[1]، بل المرادُ به حلفُ المتعاقدين عند الاختلافِ كما لا يخفى.

[2]قوله: **ولو اختلفا**... الخ؛ يعني لو اختلفَ المتبايعان في قدرِ الثمنِ أو في قدرِ المبيعِ بأن قال المشتري: اشتريتُ بألف، وقال البائع: بعتُ بألفين، أو قال البائع: بعتُ عبداً، وقال المشتري: عبدين.

وكذا لو اختلفا في الثمن، والمبيع جميعاً، بأن قال البائع: بعتُ عبداً بألفين، وقال المشتري: لا؛ بل بعت عبدين بألف، فيحكمُ القاضي لَمن أقام البيّنة فيهما؛ لأنَّ الجانبَ الآخرَ مجرَّد الدعوى، والبيِّنة أقوى منها، إذ هي متعدِّية حتى توجبَ القضاء، فلا يعارضها مجرَّدُ الدّعوى، وإن أقامَ كلٌّ واحدٍ منهما البيِّنة على ما ادَّعاه، فيحكمُ القاضي لمثبتِ الزيادة؛ لأنّه خالصٌ عن العارض.

أمّا إذا كان الاختلافُ في أحدهما فظاهر، وأمَّا فيهما فحجَّةُ البائعِ في الثمنِ الأكثر، وحجَّة المشتري في المبيعِ الأكثرِ أولى، فيحكم بعبدين للمشتري، أو بألفين للبائع.

[3]قوله: **في قدرِ الثمن**؛ دخلَ فيه رأسُ المال في السَّلَم، كما دخلَ المسلَّم فيه في المبيع. كذا في «البحر»[2].

وقيَّدَ الاختلافَ بقدرِ الثمن، وقدرِ المبيع؛ لأنّه لو كان الاختلاف في جنس الثمن، بأن قال البائع: بعتك هذه الجارية بعبدك هذا، وقال المشتري: إنّما اشتريتها

---

(1) «المصباح المنير»(ص١٤٦).

(2) «البحر الرائق»(٧: ٢١٨).

حُكِمَ لِمَن بَرْهَنَ، وإن بَرْهَنا حُكِمَ لمثبتِ الزِّيادة، وإن اختلفا فيهما، فحجَّةُ البائع في الثَّمن، وحجَّةُ المشتري في المبيع أولى

حُكِمَ[١] **لِمَن بَرْهَنَ**[٢]**، وإن بَرْهَنا حُكِمَ لمثبتِ الزِّيادة**[٣]**)**، وهو البائعُ إن كان الاختلافُ في قدرِ الثَّمن، والمشتري إن كان الاختلافُ في قدرِ المبيع.

(وإن اختلفا فيهما)، كما إذا قال البائعُ: بعتُ هذا العبد الواحد بألفين، وقال المشتري: لا؛ بل بعتَ العبدين بألف، **(فحجَّةُ البائعِ في الثَّمن، وحجَّةُ المشتري في المبيع أولى**

منكَ بمئةِ دينار، وأقامَ البيِّنةَ لزم المشتري البيعَ بالعبد، ويقبلُ بيّنة البائعَ دون المشتري؛ لأنَّ حق المشتري في الجاريةِ ثابتٌ باتّفاقهما.

وإنّما الاختلافُ في حقِّ البائع، وبيّنته تثبتُ الحقَّ لنفسِه في العبد، وبيّنةُ المشتري تنفي ذلك، والبيِّنةُ للإثبات دون النفي. ذكره الشُّمُنِّيّ في «كمال الدراية»(١).

[١]قوله: **حكم**... الخ؛ أي حكمَ القاضي لِمَن أقامَ البيِّنة؛ لأنّه نوَّرَ دعواه بالحجّة، وبقي في الآخر مجرَّدُ الدعوى، والبيِّنةُ أقوى؛ لأنّها تلزمُ الحكم على القاضي، بخلاف مجرَّدِ الدَّعوى، فإنّه لا يوجب الحكم عليه.

[٢]قوله: **برهن**؛ يقال: برهن عليه؛ أي أقام الحجّة. كذا في «الصراح»، والبرهان: الحجَّةُ وإيضاحها، قيل: النون زائدة، وقيل: أصليّة، وحكى الأَزْهَرِيُّ القولين، فقال في بابِ الثلاثيّ: النون زائدة، وقولهم: بَرْهَنَ فلانٌ مُوَلَّدٌ، والصوابُ أن يقال: أَبْرَه: إذا جاءَ بالبُرْهَان، كما قال ابنُ الأَعْرَابِيّ.

وقال في باب الرّباعي: بَرْهَن: إذا جاءَ بحجَّته، واقتصرَ الجَوْهَرِيُّ على كونها أصليّة، واقتصرَ الزَّمَخْشَرِيُّ على ما حُكِيَ عن ابنِ الأَعْرَابِيّ، فقال: البرهانُ: الحجّة من البَرَهْرَهَة، وهي البيضاءُ من الجواري، كما اشتقَّ السُّلطانُ من السَّليط. كذا في «المصباح المنير»(٢).

[٣]قوله: **حكم لمثبت الزيادة**؛ إذ لا معارضةَ في الزيادة، فإنَّ البيّنةَ المثبتةَ للأقلّ لا تتعرَّضُ للزيادة، فكانت البيِّنةُ المثبتةُ للزيادةِ ساكتةٌ عن المعارض.

---

(١) «كمال الدراية»(ق٥٩٦).

(٢) «المصباح المنير»(ص٤٦).

وإن عَجَزَا رضي كلٌّ بزيادةٍ يدعيه الآخر، وإلاَّ تحالفا، وحلفَ المشتري أوَّلاً

وإن عَجَزَا[١] رضي كلٌّ بزيادةٍ يدعيه الآخر، وإلاَّ تحالفا).

فقولُهُ: وإن عَجَزَا؛ يَرْجِعُ إلى الصُّورِ الثَّلاث: أي ما إذا كان الاختلافُ في الثَّمن، أو المبيع، أو فيهما، فإن كان الإختلافُ في الثَّمن، فيقال[٢] للمشتري: إمّا أن تَرْضَى بالثَّمنِ الذي ادَّعاهُ البائع، وإلاَّ فَسَخْنا البيع، وإن كان الاختلافُ في المبيع فيقال للبائع: إما أن تُسَلِّمَ ما ادَّعاهُ المشتري وإلاَّ فَسَخْنا البيع، وإن كان الاختلافُ في كلٍّ منهما يقالُ ما ذُكِرَ لكليهما[٣]، فإن رَضِي كلٌّ بقولِ الآخرِ، فظاهرٌ، وإلاَّ تحالفا.

(وحلفَ[٤] المشتري أوَّلاً): في الصور الثَّلاث

---

[١]قوله: وإن عجزا... الخ؛ يعني أنَّ البائع والمشتري إن عجزا في الصورِ الثلاث عن إقامةِ البيِّنة، فإن رضيَ كلٌّ منهما بمقابلةِ الآخر فبها، وإن لم يرضَ واحدٌ منهما بدعوى الآخرِ استحلفَ الحاكمُ كلَّ واحدٍ منهما على دعوى الآخر، فإن كان قَبْلَ القبض فهو قياسيّ؛ لأنَّ كلاً منهما منكرٌ.

وأمَّا بعدَه فاستحسانيّ؛ لأنّ المشتري لا يدَّعي شيئاً؛ لأنَّ المبيعَ سالمٌ له، بقي دعوى البائع في زيادةِ الثمن، والمشتري ينكره، فيكتفى بحلفه، لكنّا عرفناه بالنصّ، وهو قوله ﷺ: «البيعان إذا اختلفا والمبيعُ قائمٌ بعينِه، وليس بينهما بيّنة، فالقولُ ما قال البائع، أو يترادّان»(١)، أخرجَه الدارميُّ، وابن ماجة.

[٢]قوله: فيقال...الخ؛ وإنَّما يقال لهما ذلك؛ لأنّ المقصودَ قطعُ المنازعة، وهذا طريقٌ فيه، فلعلَّهما يرغبان في البيع دون الفسخ، فيرضيان به إذا علما ذلك.

[٣]قوله: ما ذكر لكليهما؛ أي ما ذكرَ لكلٍّ من المشتري والبائع، وهو أن يقال للمشتري: إمّا أن ترضى بالثمن الذي ادَّعاه البائع، وإلاَّ فسخنا البيع، وللبائع: إمّا أن تُسَلِّم ما ادَّعاه المشتري وإلاَّ فسخنا البيع.

[٤]قوله: وحُلِّف... الخ؛ يعني بدأ القاضي بيمينِ المشتري في الصور الثلاث، لو بيع عينٌ بدين، وهذا قول محمَّد وأبي يوسفَ ﷺ آخراً، وروايةٌ عن أبي حنيفةَ ﷺ،

---

(١) في «سنن الدارمي»(٢: ٣٢٥)، و«سنن ابن ماجة»(٢: ٧٣٧)، وسيأتي تفصيل الكلام في تخريجه.

....

لأنّه[1] يطالَبُ أوّلاً بالثّمن، فإنكارُه أسبق، وأيضاً: يتعجَّلُ فائدةُ النُّكول، وهو وجوبُ الثَّمن، وفي بيعِ السِّلعةِ بالسّلعة، وفي الصَّرفِ يبدأُ القاضي بأيِّهما شاءَ، ويَحْلِفُ كلٌّ على نفي ما يدَّعيه الآخر[2] ولا احتياجَ إلى إثباتِ ما يدَّعيه، هو الصَّحيح.

وهو الصحيح. كذا في «الهداية»(١)، وغيرها.

وقال أبو يوسفَ ﷺ: أوّلاً يبدأُ بيمينِ البائع لما أخرجَه أصحابُ السننِ الأربعة من قوله ﷺ: «إذا اختلفَ المتبايعان، فالقولُ ما قالَه البائع»(٢)، فرسول الله ﷺ جعلَ القول ما قاله البائع، وذلك يقتضي الإكتفاء بيمينه، لكن لا يكتفي بها فلا أقلَّ من البداية بها؛ لتحصلَ فائدةُ التخصيصِ بالذكر.

والعلاّمةُ الأَقْطَعُ قال في «شرح مختصر القُدُوري» جواباً عن هذا الحديث: إنّما خصَّ البائع بالذكر؛ لأنَّ يمينَ المشتري معلومةٌ لا تشكل؛ لقوله ﷺ: «واليمين على مَن أنكر»، وسكتَ ﷺ عمّا تقدَّم بيانه، وبيَّنَ ما يشكل ولم يتقدَّم بيانُه. انتهى بقدر الضرورة.

[١]قوله: **لأنّه**... الخ؛ يعني إنّما يبدأُ بيمينِ المشتري لوجهين:

الأول: إنّه يطالَبُ أوّلاً بالثمن، فيكون بادئاً في الإنكار، فلَمَّا تقدَّمَ في الإنكارِ تقدَّم في الذي يترتّب عليه.

والثاني: إنّه يتعجَّلُ فائدة، وهو وجوبُ الثمن، واليمين إنّما شرعت لفائدةِ النكول، وتقديمُ ما يتعجَّلُ فائدتُه أولى، ولو حلف البائع أوّلاً فحين نكول البائع تتأخّر المطالبةُ بتسليم المبيع إلى زمانِ استيفائه الثمن؛ لضرورةِ تأخُّر تسليمِ المبيع إلى زمانِ استيفاءِ الثّمن؛ لأنّه يقال له: أمسكِ المبيع إلى أن تستوفي الثمن.

[٢]قوله: **ويحلفُ كلٌّ على نفي ما يدّعيه الآخر**؛ بأن يحلف البائع: بالله ما باعه بألف، ويحلف المشتري: بالله ما اشتراه بألفين، وقال في «الزيادات»: يحلف: بالله ما

---

(١) «الهداية»(٣: ١٦٢).

(٢) سيأتي تخريجه.

وفسخَ القاضي البيعَ

(وفسخَ القاضي البيعَ[1]) : أي بعد التَّحالف

باعه بألف، ولقد باعَه بألفين، ويحلف المشتري: بالله ما اشتراهُ بألفين، ولقد اشتراهُ بألف، يضمُّ الإثباتَ إلى النفي تأكيداً. كذا في «الهداية»(١).

وبيانُه: إنّه لو حَلَفَ المشتري: باللهِ ما اشتراه بألفين، رُبَّما يحلفُ ويكون بارّاً في يمينِه، فلعلّه اشتراهُ بألفٍ وتسعمئةٍ فيبطلُ حقُّ البائع في الزّيادة، وكذا البائع لو حلف: بالله ما باعَه بألف رُبَّما يحلفُ لجواز أنّه باعه بألف درهم، ويكون صادقاً في يمينه أنّه لم يبع بألف درهم.

والأصحُّ الاقتصارُ على النفي، ولا عبرةَ بذلك الوهم؛ لأنّ البائعَ لو كان باعَه بألفٍ وتسعمئةٍ لا يدَّعي البيع بألفين؛ لأنّه يعلم أنَّ المشتري متى حلف على دعواه لا يُبالي بالحلف؛ لأنّه لا يحنثُ بيمينه، وكذا المشتري لو كان اشتراه بألفِ درهمٍ لا يدَّعي الشراءَ بألف؛ لأنّه يعلمُ أنَّ البائع لا يبالي بالحلفِ على ألف؛ لأنّه لا يحنثُ في يمينه. كذا في «الكفاية»(٢).

ولذا قال في «الهداية»(٣): والأصحُّ الاقتصارُ على النفي؛ لأنّ الأيمان على ذلك وضعت، دلَّ عليه حديثُ القسامة: باللهِ ما قتلتُم، ولا علمتم له قاتلاً. انتهى. وهذا ما اختاره الفقهاء، وعليه العمل؛ ولذا قال الشارح البارع ﷺ: ولا احتياجَ إلى إثباتِ ما يدَّعيه، هو الصحيح.

[1]قوله: وفسخ القاضي البيع؛ أي بطلبِ أحدهما، أو بطلبِ كليهما، وقيل: ينفسخ، والأوّل هو الصحيح؛ لأنّه لم يثبتْ ما ادَّعاهُ كلُّ واحدٍ منهما، فيبقى بيعُ مجهول، فيفسخُهُ القاضي قطعاً للمنازعة، أو يقال: إنه إذا لم يثبت البدلُ بقي بيعاً بلا بدل، وهو فاسد، ولا بُدَّ من الفسخِ في البيعِ الفاسد، فلو كان المبيعُ جاريةً وطئها، ولو فسدَ بنفس التحالفِ لم تحلَّ له.

---

(١) «الهداية»(٣: ١٦٢).

(٢) «الكفاية»(٧: ١٩٦).

(٣) «الهداية»(٣: ١٦٣).

ومَن نكلَ لَزِمَهُ دعوى الآخر

(ومَن نكلَ[1] **لَزِمَهُ دعوى الآخر)**: أي إذا عرضَ اليمينُ أَوَّلاً على المشتري، فإن نكلَ لَزِمَهُ دعوى البائع، فإن حَلَفَ يعرضُ اليمينَ على البائع، فإن حَلَفَ يفسخُ البيع، وإن نكلَ لزمَهُ دعوى المشتري.

ثُمَّ اعلم أنَّ الاختلافَ إذا كان في الثَّمن فالتحالفُ قبل قبضِ المبيع موافقٌ للقياس؛ لأنَّ البائعَ يدَّعي زيادةَ الثَّمن والمشتري يُنْكِرُها، والمشتري يدَّعي وجوبَ تسليمُ المبيعِ بأقلِّ الثَّمنين، والبائعُ يُنْكِرُه، فكلٌّ منهما مدَّعٍ ومُنْكِرٌ فيتحالفان، أمَّا بعد قبضِ المبيعِ فمخالفٌ للقياس، فإن المشتري لا يدَّعي شيئاً؛ لأنَّ المبيعَ قد سُلِّم له، والبائعُ يدَّعي زيادةَ الثَّمنِ والمشتري يُنْكِرُه

وقيَّدنا بطلب أحدِهما؛ لأنَّه لا يفسخُه القاضي بدون طلبِ أحدِهما، ولو فسخاه انفسخَ بلا توقُّفٍ على القاضي، وإن فسخَ أحدُهما لا يكفي. ذكره في «البحر»(١)، وغيره.

[١]قوله: مَن نكَل... الخ؛ يعني أنَّ مَن نكَلَ عن اليمين من البائع والمشتري لزمَه دعوى صاحبه بالقضاء؛ لأنَّه صار مُقِرّاً أو باذلاً، فلَزِمَه إذا اتَّصل به القضاء، وهو المرادُ بقوله: دعوى الآخر، أمّا على اعتبارِ البذلِ فالأمرُ بيِّن.

وأمّا على اعتبارِ أنّه إقرارٌ؛ فلأنّه إقرارٌ فيه شبهةُ البذل، فلا يكون موجباً بانفرادِه بل بتقويةِ القضاء يكون حجَّةً ملزمة، وهذا كلُّه إذا كان اختلافُهما في البذلِ مقصوداً.

أمّا إذا كان في ضِمْنِ شيءٍ آخر، كما أنَّ رجلاً اشترى من رجلٍ آخرَ سَمْناً في زِقٍّ، وإنّه مئةُ رطلٍ مثلاً، ثمَّ جاءَ بالزِّقِّ للردِّ على صاحبِهِ ووزنُه عشرون رطلاً مثلاً، فقال البائع: ليس هذا زِقِّي، وقال المشتري: هذا زِقُّك، فالقولُ للمشتري في أنّه الزِّقّ؛ لأنّه اختلافٌ في المقبوض، والقولُ فيه قولُ القابضِ في نفسِ القبضِ والمقبوض.

فكذا في مقدارِ المقبوضِ أيضاً، وإن كان في ضمنِهِ اختلافٌ في الثمن؛ لأنَّ الثمنَ يزدادُ بنقصانِ الزِّقّ، وينقصُ بزيادته، فالبائعُ يدَّعي زيادةَ الثمن، والمشتري ينكرُها، ولم يعتبر هذا الاختلاف في إيجابِ التحالف؛ لأنَّ الاختلافَ فيه وقعَ مقتضياً لاختلافهما في الزِّقّ(٢).

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ٢٢٠).

(٢) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣٠٦).

....

لكن التَّحالف هاهنا ثبت بقوله[1] ﷺ: «إذا اختلفَ[2] المتبايعان والسِّلْعَةُ قائمةٌ

[١]قوله: بقوله ﷺ... الخ؛ قال ابن الجُوْزِيّ في «التحقيق»(١): أحاديث هذا الباب فيها مقال، فإنّها مراسيلٌ وضعاف، أبو عبيدةَ لم يسمعْ من أبيه ولا عبدِ الرحمن، والقاسم لم يسمع من ابن مسعود رضي الله عنه ولا عون بن عبد الله، وقد رواه الدارقطنيُّ(٢) رضي الله عنه بألفاظٍ مختلفة، وبأسانيد ضعيفةٍ فيها ابنُ عيّاش ومحمد بن أبي ليلى، والحسن بن عمارة، وابن المرزبان رضي الله عنه وكلُّهم ضعاف. انتهى.

وقال صاحب «التنقيح»: والذي يظهرُ أنَّ حديثَ ابن مسعود رضي الله عنه بمجموعِ طرقِهِ له أصل، بل هو حديثٌ حسنٌ يحتجُّ به، لكن في لفظِهِ اختلاف. انتهى. ويدلُّ على ذلك أنَّ مالكاً رضي الله عنه أخرجَه في «الموطأ» بلاغاً: قال أبو مصعب عن مالك، بلغني أنَّ عبد الله بن مسعود رضي الله عنه كان يحدِّث أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «أيّما بيعين تبايعا، فالقول ما قال البائع، أو يترادَّان»(٣). كذا في «نصب الراية»(٤).

وفي رواية ابن ماجة: «البيعان إذا اختلفا والمبيعُ قائمٌ بعينه، وليس بينهما بيّنة، فالقولُ ما قال البائع أو يترادان»(٥).

[٢]قوله: إذا اختلف... الخ؛ قال في «نتائجِ الأفكار»(٦): قد تقرَّرَ في كتبِ الأصول: إنّ عبارةَ النصِّ تترجَّحُ على إشارةِ النصِ فحينئذٍ يكونُ هذا الحديثُ راجحاً على الحديثِ المشهور؛ لأنَّ هذا الحديث يدلُّ بعبارتِهِ على استحلافِ المدَّعي أيضاً فيما نحن فيه.

وأمَّا الحديثُ المشهور فلا يدلُّ بعبارتِهِ على عدم استحلافِ المدَّعي مطلقاً، بل إنّما يدلُّ عليه بإشارته، حيث يفهمُ من تقسيمِ الحجَّتين للخصمين أو من جعلِ جنسِ الأيمان على المنكرين. انتهى.

---

(١) «التحقيق»(٢: ١٨٤).

(٢) في «سننه»(٣: ٢٠).

(٣) في «الموطأ»(٢: ٦٧١)، وغيره.

(٤) «نصب الراية»(٤: ١٠٥).

(٥) في «الموطأ»(٢: ٣٢٥)، و«سنن ابن ماجة»(٢: ٧٣٧)، وغيرها.

(٦) «نتائج الأفكار»(٧: ١٩٤).

ولا تحالف

تحالفا وترادًّا»[(١)]

(ولا تحالف[١]

[١]قوله: ولا تحالف... الخ؛ يعني أنّهما لو اختلفا في الأجل؛ سواء كان في نفسِ الأجلِ أو قدره، أو اختلفا في شرطِ الخيارِ سواءً كان في وجوده، بأن قال أحدُهما: البيعُ بالخيار، والآخرُ ينكرُه، أو في مدَّته، أو اختلفا في قبضِ بعضِ الثمنِ أو كلِّه، بأن قال المشتري: أدَّيتُ بعضَه أو كلَّه، والبائعُ ينكرُ، فلم يتحالفا، والقولُ يكون للمنكِرِ مع يمينه؛ لأنَّ الشرعَ علَّقَ وجوبَ التحالفِ باختلاف المتبايعين.

وهو اسمٌ مشتقٌّ من البيع، فيتعلق وجوبُ التحالفُ باختلافِهما فيما يثبتُ به البيع، والبيع يثبتُ بالمبيع والثمن، وهذا اختلافٌ في غير المبيع والثمن؛ لأنَّ بانعدامِ ما نحن فيه من الأجل، وشرط الخيار، واستيفاء بعض الثمن أو كلّه لا يختلُّ ما به قوامُ العقد، فأشبه الاختلافَ في الحطِّ من الثمن، وفيهما لا يجبُ التحالف، فكذا هاهنا.

بخلاف الاختلافِ في وصفِ الثمن؛ مثل الجودةِ والرّداءة، أو جنس الثمن؛ مثل الدّراهم والدنانير، فإنّ هذا الاختلافَ بمنْزلةِ الاختلافِ في القدر، حتى يجريَ فيه التحالف؛ لأنَّ ذلك يرجعُ إلى الاختلافِ في نفس الثمن، فإنَّ الثمنَ دينٌ في الذمّة، وهو يعرفُ بالوصفِ بأنّه جيّدٌ أو وسطٌ أو رديء، والأجل ليس كذلك؛ لأنّه ليس بوصفٍ له، ألا ترى أنَّ الثمنَ موجودٌ بعد مضيِّ الأجل، ولو كان وصفاً لتبعه.

(١) من حديث ابن مسعود ﷺ، وقد ورد بألفاظ مختلفة: منها: (إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمةٌ فالقول قول البائع أو يترادان)، في «سنن الدارمي»(٢: ٣٢٥)، و«سنن ابن ماجه»(٢: ٧٣٧)، و«سنن الدارقطني»(٣: ٢٠)، و«مسند الشاشي»(١: ٣٢٨)، و«المعجم الكبير»(١٨: ١٧٤) واللفظ له، وفي «الموطأ»(٢: ٦٧١) بلاغاً، وقد صححه الحاكم، وحسَّنَه البيهقي، وقال ابن عبد البر: هو منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعة العلماء تلقوه بالقبول وبنوا عليه كثيراً من فروعه، وقال صاحب «التنقيح» والذي يظهر أنه حديث ابن مسعود ﷺ بمجموع طرقه له أصل، بل هو حديث حسن يحتج به لكن في لفظه اختلاف والله أعلم، وأيّدَه الزيلعي في «نصب الراية»(٤: ١٠٥)، وقال صاحب «معتصر المختصر»(٢: ١٣٤): إنه من الأحاديث التي استغنى عن طلب الإسناد فيها لصحتها عند العلماء، وينظر: «تلخيص الحبير»(٣: ٣١)، و«التحقيق»(٢: ١٨٤)، و«الخلاصة»(٢: ٧٦)، وغيرها.

في الأجل، وشرطِ الخيار، وقبض بعض الثَّمن، وحلفَ المنكر

في الأجلِ[١]، وشرطِ الخَيار، وقبضِ بعضِ الثَّمن[٢]، وحلفَ المنكر)، سواءٌ اختلفا في أصلِ الأجل، أو في قَدْرِه، فقال المشتري: الثَّمنُ مؤجَّل، وأنكرَ البائع، أو قال المشتري: الثَّمنُ مؤجَّل إلى سنة، وقال البائع: بل نصفِ سنة، حلفَ منكرُ[٣] الزِّيادة، أو قال أحدُهما: البيعُ بشرطِ الخيار، وأنكرَ الآخر، وقال أحدُهما: لي الخيار إلى ثلاثة أيَّام، وقال الآخرُ: بل إلى يومين

وقال زفرُ ﷺ والشافعيّ ﷺ: يتحالفان في الأجلِ إذا اختلفا في أصله أو قدره؛ لأنّ هذا في معنى الاختلاف في مقدارِ ماليَّة الثمن، فإنّ المؤجَّل أنقصَ من الحالِّ في الماليّة؛ ولأنَّ النصَّ أوجبَ التحالفَ عند اختلاف المتبايعين، ولم يفصِّل.

والجواب: إنَّ الأجلَ ليس بوصف الثمن، إذ لو كان وصفاً له فذهبَ عند ذهابها، إذ الشيءُ لا يبقى بدون وصفه، ووجوبُ التحالف للمتبايعين، وهو اسمٌ مشتقٌ من البيع إلى آخر ما قرَّرناه آنفا، فصار كأنّه قال: إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن تحالفا.

[١]قوله: في الأجل؛ أطلقَه ليشملَ الاختلافَ في أصلِ الأجلِ وقدره، كما نبَّه عليه الشارحُ ﷺ بقوله: سواءً اختلفا في أصلِ الأجلِ وقدره. انتهى. وخرجَ الاختلافُ في مضيه، فإنَّ القولَ فيه للمشتري؛ لأنَّ الأجلَ حقُّه، وهو منكرٌ استيفاءَ حقّه.

ويستثنى من الاختلاف في الأجل ما لو اختلفا في أجلِ السَّلَم، بأن ادّعاه أحدُهما ونفاهُ الآخر، فإنَّ القولَ فيه لمدَّعيه عند الإمام؛ لأنّه شرطٌ، وتركُهُ مفسدٌ، وإقدامُهما يدلُّ على الصحّة، فشهدَ الظاهرُ لمدَّعيه بخلافِ ما نحن فيه، فإنّ القول لما فيه. ذكره العلاَّمة الحموي»[١].

[٢]قوله: وقبضُ بعض الثمن؛ التقييد ببعض الثمن اتّفاقيّ، إذ الاختلافُ في قبضِ كلِّه كذلك كما صرّحوا به، ولعلّه لم يذكرْ قبضَ كلِّ الثمن؛ لأنّه مفروغٌ عنه باعتبار أنّه صار بمنْزلة سائر الدعاوي. وقيّد بالثمن؛ لأنّهما لو اختلفا في قبض بعض المبيع حلفا. كما صرَّح في «الكافي»، وغيره.

[٣]قوله: حلفَ منكرُ الزيادة؛ لأنّ الأجلَ، وكذا خيار الشرط يثبتان بعارضِ

---

(١) ينظر: «حاشية الطحطاوي»(٣: ٣٠٣).

ولا بعدها هلاكِ المبيع ، وحلفَ المشتري

أو قال المشتري : أديتُ بعضَ الثَّمن ، وأنكرَ البائع.

(**ولا بعد هلاكِ المبيع**[1] ، **وحلفَ المشتري**[2]) : أي إن هلكَ المبيع ، ثُمَّ اختلفا في قَدْرِ الثَّمَن ، فلا تحالفَ عند[3] أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ ﷺ ، والقولُ للمشتري

الشرط ، والقول يكون لمنكر العوارض ، كذا ذكرَه شيخنا العلاّمة الطحطاويّ ﷺ في «حاشيته على الدر المختار»(١).

[١]قوله : **ولا بعد هلاك المبيع** ؛ يعني لا تحالف لو اختلفا في قدرِ الثمنِ بعد هلاك المبيعِ في يد المشتري ، وقيَّدنا هلاكَ المبيعِ بقولنا : في يد المشتري ؛ لأنّه إذا هلكَ عند البائع قبلَ قبضِهِ انفسخَ البيع. ذكره شيخنا الطَّحْطَاويّ(٢) نقلاً عن الحَلَبِيّ.

وهلاكُ المبيع شاملٌ لخروجه عن ملكِ المشتري ، وزيادتُه زيادةً متّصلةً مُتولّدةً أو غيرَ متولّدة ، أو منفصلةً متولّدة ، فإنّه لا يتحالفان عندهما ، ويتحالفان عنده ، فيفسخُ على العين في المتَّصلة المُتولّدة من الأصل : كالسمن ، وعلى العين أو القيمة في متَّصلة غير متولّدة منه : كالصبغ ، وعلى القيمة في المنفصلةِ المتولّدة : كالتمر.

وأمَّا في منفصلةٍ غير متولّدةٍ منه كالكسب ، فيتحالفان ، ويفسخُ على العين بالإجماع. ذكره القُهُسْتَانِيُّ(٣) نقلاً عن «المبسوط».

[٢]قوله : **وحلف المشتري** ؛ لأنّه ينكرُ زيادة الثمن ، هذا إذا كان الثمنُ ديناً ، وأمّا إذا كان عيناً يتحالفان بالاتّفاق ؛ لأنَّ المبيعَ في أحدِ الجانبين قائم ، ثم يردُّ الهالك إن كان مثليّاً ، وقيمتُهُ إن لم يكن ، وهذا إذا هلكَ بعد القبض ، وإن هلكَ قبلَه وكان الثمن مقبوضاً يتحالفان اتِّفاقاً. كذا في «مجمع الأنهر»(٤) ، وغيره.

[٣]قوله : **عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف** ﷺ ؛ وبه قال مالكٌ ﷺ في رواية ، وأحمد ﷺ في رواية. ذكره العلامة الشُّمُنِّيّ(٥).

---

(١) «حاشية الطحطاوي»(٣ : ٣٠٣).

(٢) في «حاشيته»(٣ : ٣٠٤).

(٣) في «جامع الرموز»(٢ : ٢٦٩).

(٤) «مجمع الأنهر»(٢ : ٢٦٤).

(٥) في «كمال الدراية»(ق٥٩٧).

....

وعند محمَّدٍ[١] رضي الله عنه يتحالفان، وينفسخُ البيعُ على قيمةِ الهالك؛ لأنَّ كلاً منهما[٢] يدَّعي عقداً ويُنْكِرُهُ الآخر، فيتحالفان، ولهما[٣]: أنَّ التَّحالفَ بعد قبضِ البيعِ على خلافِ القياس؛ فلا يَتَعَدَّى إلى حال هلاكِ السِّلعة.

[١]قوله: وعند محمد رضي الله عنه؛ وهو قولُ الشافعيِّ رضي الله عنه، وبه قال مالك رضي الله عنه في رواية، وأحمد رضي الله عنه في رواية(١).

[٢]قوله: لأنَّ كلاًّ منهما... الخ؛ تقريره: إنّ كلاً من المتبايعين يدَّعى عقداً غير العقد الذي يدَّعيه صاحبُه، فإنَّ من الظاهر أنَّ البيعَ بألفٍ غيرُ البيع بألفين.

ألا ترى أنَّ الشاهدين إذا اختلفا في قدرِ الثمنِ لا تقبلُ شهادتُهما؛ لعدمِ كمال النصابِ في كلِّ واحدٍ من البيعين، فصار كما لو ادَّعى أحدُهما البيعَ والآخرُ الهبة، أو كان البيع مقايضة، فهلك أحد البدلين، أو اختلفا في جنسِ الثمنِ بعد هلاك السلعة، بأن قال أحدُهما: دراهم، والآخر: دنانير.

فإن قيل: القياسُ فاسد؛ لأنّه حالُ قيام السلعة يفيد الترادّ، ولا فائدةَ له بعد هلاكها.

أجيبَ: بأنَّ في التحالف هاهنا أيضاً فائدة، وهو تسليمُ ما يدَّعيه البائع له على تقديرِ نكول المشتري، أو سقوطِ الثمن كلّه عن المشتري على تقدير عدم نكوله فيتحالفان.

[٣]قوله: ولهما أنّ التحالف... الخ؛ تحريرُه: إنَّ التحالفَ بعد القبضِ على خلافِ القياس، لِمَا أنّه سَلَّم للمشتري ما يدَّعيه، ولا يدَّعي المشتري على البائع شيئاً ينكرُه؛ لأنَّ المبيع مملوكٌ له، سُلِّمَ إليه، وقد وردَ النص، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا اختلفَ المتبايعان، والسلعةُ قائمةٌ بعينها، تحالفا وترادّا بالتحالفِ»(٢) في حالِ قيامِ السلعة، والتحالفُ فيه يفضي إلى الفسخ.

ولا كذلك بعد هلاكها؛ لارتفاعِ العقدِ بهلاكها، فلم يكن في معناه؛ لأنَّ عند قيامِ السلعةِ يندفعُ الضررُ عن كلِّ واحد منهما بالتحالف، فإنّه ينفسخُ العقدُ ويعودُ كلُّ

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٥٩٧).

(٢) سبق تخريجه.

....

....

واحدٍ منهما إلى رأس مالِهِ بعينه، وبعد هلاكِها لا يحصلُ ذلك، فالعقد بعد الهلاكِ لا يحتملُ الفسخ بالإقالة، والردّ بالعيب، فكذا بالتحالفِ إذ الفسخُ لا يردُّ إلاّ على ما وردَ عليه العقد.

وأمّا أنَّ النصَّ قد وردَ بالتحالف في حالِ قيام السلعة، فبيانُهُ أنّ قوله ﷺ: «والسلعةُ قائمة» مذكورٌ على وجهِ الشرط، ولا يلزمُ إطلاق قولِهِ ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقولُ ما يقولُهُ البائعُ ويترادّان»، لأنَّ الأمر بالترادّ دليل قيام السلعة، إذ هو تفاعلٌ من الردِّ فيستدعي الردَّ من الجانبين، ولا ذلك إلاّ لقيامِ السلعة، وليس المرادُ به ترادّ العقد؛ لأنّه لا يتصوَّر ذلك، مع أنَّ المطلقَ والمقيّد إذا وردا في حادثةٍ واحدةٍ في حكمٍ واحد، فالمطلقُ يكون محمولاً على المقيّد.

والجواب عن قوله: إنَّ كلَّ واحد منهما يدَّعي عقداً غير ما يدَّعيه الآخر: أنَّ العقدَ لا يختلفُ باختلافِ قدرِ الثمنِ من جنس واحد، ألا ترى أنَّ الوكيلَ بالبيع بألفٍ يبيعه بألفين، وأنَّ البيعَ بألفٍ يصيرُ بألفين بالزيادةِ في الثمن، وبخمسمئةٍ في الحطّ.

وإنّما لا يقبلُ شهادةُ الشاهدين إذا اختلفا في قدرِ الثمنِ مع اتّحادِ الجنس؛ لأنَّ المدّعى أحدُهما، لا لاختلافِ العقد، بخلاف ما لو اختلفا في جنسِ الثمن؛ لأنَّ المبيعَ لا يُسَلّمُ للمشتري إلاّ بثمن، ولم يتَّفقا عليه، وهاهنا اتّفقا على ألف، وهو تلقي الصحّة.

ألا ترى أنَّ المبيعَ لو كان جاريةً جازَ وطؤها قبل الفسخ بعد التحالف، ولو كان مختلفاً لما صحَّ كما لو ادَّعى أحدُهما هبة، والآخرُ بيعاً؛ لاختلافهما حقيقة، وبخلافِ بيع المقايضة؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مبيع، فكان البيع قائماً ببقاءِ المعقود عليه؛ ولذا لا يجوزُ الإقالةُ فيه، ويردُّ بالعيب.

والجوابُ عن قوله: إنّه يفيدُ دفعَ زيادةِ الثمن؛ إنّ فائدته ليست من موجباته، بل من موجباتِ نكول البائع، وليست اليمينُ من موجبات العقد، حتى يكون النكولُ من موجباته، هكذا قالوا، وهاهنا من المباحثِ النفيسة ما تركناها؛ لغرابة المقام، إن شئت فارجعْ إلى مبسوطاتِ الأعلام.

ولا بعد هلاكِ بعضِهِ إلاّ أن يرضى البائعُ بترك حصَّةِ الهالك

(ولا بعد هلاكِ بعضِهِ[1] إلاّ أن يرضى البائعُ بترك حصَّةِ الهالك)

[1] قوله: ولا بعد هلاكِ بعضه؛ يعني ولا تحالفَ إذا اختلفا بعد هلاكِ بعض البيعِ بعد قبض الجميع، كما إذا باعَ عبدين صفقةً واحدةً فهلكَ أحدُهما عند المشتري بعد قبضِهما، ثمَّ اختلفا في الثمن، فقال البائع: بعتُهما منك بألفي درهم، وقال المشتري: اشتريتُهما منك بألفِ درهم، فلم يتحالفا عند الإمام إلاّ أن يرضى البائع أن يتركَ حصَّةَ الهالك، هذا ما نصَّ عليه القُدُوريّ(١)، وجعله صاحبُ «النهاية» لفظ «المبسوط».

وقال في «الجامع الصغير»(٢): القولُ قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفةَ ﷺ إلا أن يشاءَ البائعُ أن يأخذَ الحي ولا شيء له. انتهى. وقال قاضي خان: وذكر في «الأصل»: إلاّ أن يشاءَ البائع أن يأخذَ الحيّ، ولا يأخذَ من ثمنِ الميّت شيئاً.

وقال أبو يوسفَ ﷺ: يتحالفان في القائم، ويفسخُ العقد فيه، والقولُ قول المشتري في قيمة الهالك. هكذا في «كمال الدراية»(٣)، و«الهداية»(٤)، وغيرهما من الكتبِ المتداولة.

لكن فيه نوعُ قصور؛ لأنّه إذا اختلفا في قيمةِ الهالكِ فالقولُ للبائعِ لا للمشتري. كما في «الهداية»(٥)، فإن اختلفا في قيمةِ الهالك، فالقول قول البائع؛ لأنَّ الثمنَ قد وجبَ باتّفاقهما، ثمَّ المشتري يدَّعي زيادة السقوطِ بنقصان قيمةِ الهالك، والبائعُ ينكره، والقول للمنكر. انتهى بقدرِ الضرورة.

وما قيل هاهنا ينافيه فلا بُدّ هاهنا من التأويل، وهو ما ذكره في «نتائج الأفكار»(٦): من أنَّ المرادَ أنّه بعد التحالفِ يردُّ الحيّ على البائع، ويسقطُ حصَّة الحيّ من

---

(١) في «مختصره»(ص١٠٦).

(٢) «الجامع الصغير»(ص٣٤٠).

(٣) «كمال الدراية»(ق٥٩٧).

(٤) «الهداية»(٣: ١٦٣).

(٥) «الهداية»(٣: ١٦٤).

(٦) «نتائج الأفكار»(٧: ٢٠٦).

....

أي لا يأخذَ[1] من ثمنِ الهالكِ شيئاً أصلاً، ويجعلَ الهالكَ كأن لم يكنْ وكأنَّ العقدَ لم يكن إلاَّ على القائم فيتحالفان

الثمن، ويلزمُ المشتري حصَّة الهالك من الثمن الذي أقرّ به المشتري بعد تقسيم ذلك الثمن على قيمةِ الحيِّ والهالك، فقول المشتري إنّما يعتبرُ في حصَّة الهالك من الثمن الذي أقرَّ به المشتري لا في قيمة الهالك. انتهى.

وقال محمّد ﷺ: يتحالفان على الحيِّ والهالك، ويردُّ الحيَّ وقيمة الهالك؛ لأنَّ هلاكَ كلّ السلعة لا يمنعُ التحالف عنده، فهلاكُ البعض أولى أن لا يمنع.

ولأبي يوسفَ ﷺ: إنَّ امتناعَ التحالفِ إنّما يكون لأجلِ الهلاك، فيتقدَّرُ بقدرِ الهالك، فإنَّ الحكمَ لا يزيدُ على العلّة.

ولأبي حنيفةَ ﷺ: إنَّ التحالفَ بعد القبض ثبتَ بالنصِّ على خلاف القياسِ في حال قيامِ السلعة، والسلعةُ اسمٌ لجميع أجزائها، فلا يتقي السلعةَ بعد فواتِ جزءٍ منها، وما ثبتَ بخلافِ القياس لا يتعدَّى.

والجواب عن قول محمَّد ﷺ: إنَّ هلاك البعض محوجٌ إلى معرفةِ القيمةِ بالحرز؛ وذلك مجهولٌ في المقسم عليه، فلا يجوز.

والجوابُ عن قول أبي يوسف ﷺ: إنَّ التحالفَ في القائم لا يمكن إلاَّ على اعتبارِ حصَّته من الثمن، فلا بُدَّ من قسمتِهِ على القيمة، وهي تعرفُ بالحرز والظنّ، وذلك لا يجوز إلاَّ أن يرضى البائع أن يترك حصَّة الهالك.

فحينئذٍ يكون الثمنُ كلّه بمقابلةِ الحيّ، ويخرجُ الهالك عن العقدِ فيكون كأنَّ العقد وقع على هذا فيتحالفان، فإن حلفا فسخَ العقدُ فيه وأخذَه، ولا يأخذُ من ثمنِ الهالكِ ولا من قيمتِه شيئاً، وأيّهما نَكَلَ لزمَه دعوى الآخر، كما هو الحكمُ في الاختلاف عند قيام السلعة(١).

[1]قوله: **أي لا يأخذ**... الخ؛ يعني أنَّ البائع إذا رضي بتركِ حصّة الهالك فلا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً، ويجعله كأنّه لم يكن، والعقدُ كأنّه وقع على القائم فقط، فيكون الثمنُ كلُّه بمقابلةِ القائم، فيتحالفان كما هو الحكم في الاختلافِ عند قيام السلعة.

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣٠٨).

....

هذا تخريجُ[١] بعض المشايخ ﷺ، وينصرفُ الاستثناءُ عندهم إلى التَّحالف، وقالوا: إن المرادَ بقوله في «الجامع الصغير»: يأخذ الحيَّ ولا شيءَ له: أي لا يأخذَ من ثمنِ الهالك شيئاً أصلاً.

وقال بعضُ المشايخ ﷺ

[١]قوله: هذا تخريج... الخ؛ توضيحُ الكلام بحيث ينكشفُ به المرام: إنّهم اختلفوا في انصراف هذا الاستثناء، فقال مشايخُ بلخ ﷺ: إن هذا الاستثناء ينصرفُ إلى يمين المشتري، ومعناه: إنَّ البائعَ يأخذُ الحيَّ منهما صُلْحاً عمّا يدَّعيه المشتري من الزيادة، ويُجْعَلُ صلحُهما على هذا العبد كصلحِها على عبدٍ آخر.

وصار تقديرُ ما في «الكتاب»(١) على قول هؤلاءِ المشايخ ﷺ: لا يتحالفان عند الإمام ﷺ، ويكونُ القولُ قول المشتري مع يمينه إلاَّ أن يأخذَ البائعُ الحيَّ ولا يأخذُ شيئا آخر فحينئذٍ لا يحلفُ المشتري.

قال شيخُ الإسلام خُواهر زَادَه ﷺ: هذا لا يقوى؛ لأنَّ الأخذَ معلَّقٌ بمشيئة البائع، ولو كان أخذُ الحيِّ بطريقِ الصلح لكان معلَّقاً بمشيئتها، وقال الزَّيْلَعِيُّ ﷺ(٢): ليس في هذا الأخذِ فائدةٌ [له] أيضاً ولا يحتملُها، فلا يصار إليه؛ لأنَّ ترك حصَّة الهالكِ من الثمنِ من غير بدل يقابله ليس من الحكمة. انتهى.

وذهبَ عامَّةُ المشايخ ﷺ إلى أنَّ هذا الاستثناء ينصرفُ إلى التحالف، فصار تقديرُ ما في «الكتاب»(٣) على قولِ هؤلاء يتحالفان عند الإمامِ ﷺ إلاَّ أن يشاءَ البائع أن يأخذَ الحيَّ، ولا يأخذُ من ثمن الميِّتِ شيئاً، فحينئذٍ يتحالفان؛ لأنَّ المذكورَ قبل الاستثناءِ هو التحالفُ دون اليمين، فكان صرفُ الاستثناءِ إلى المذكور أولى.

وقال بعضُهم: إنَّ هذا الاستثناء ينصرفُ إلى يمين المشتري؛ لأنَّ البائع إذا رضيَ أن يأخذَ الحيَّ ولا يأخذَ من ثمن الميِّت شيئاً، فحينئذٍ لا يحلف المشتري؛ لأنَّ البائع إذا عرضَ عن دعواه فلا معنى لتحليفِ المشتري، قال الزَّيْلَعِيُّ ﷺ(٤): وهذا مثلُ الأوَّل في

---

(١) «مختصر القدوري»(ص١٠٦).

(٢) في «تبيين الحقائق»(٤: ٣٠٩).

(٣) «مختصر القدوري»(ص١٠٦).

(٤) في «التبيين»(٤: ٣٠٩).

يأخذُ من ثمنِ الهالكِ[١] بقدرِ ما أقرَّ به المشتري، ولا يأخذ الزِّيادة، فالاستثناءُ[٢] يَنْصَرِفُ إلى يمينِ المشتري لا إلى التَّحالف، يعني أنَّهما لا يتحالفان، ويكون القولُ قولَ المشتري مع يمينِهِ إلاَّ أن يرضى البائعُ أن يأخذَ الحيّ، ولا يخاصمُهُ في الهالك، فحينئذٍ لا يحلفُ المشتري؛ لأنَّه إنَّما يحلفُ إذا كان منكراً ما يدَّعيه البائع، فإذا أخذَ البائعُ الحيَّ صُلْحاً عن جميعِ ما ادَّعاهُ على المشتري، فلا حاجةَ إلى تحليف المشتري.

عدم الفائدة. انتهى.

وقال الإمامُ الكَيْسَانِيُّ ﷺ: يأخذُ البائعُ في حقِّ الهالك من المشتري ما يقرُّ به المشتري، فحينئذٍ لا يحلف؛ لأنَّ الاستحلاف إنَّما شرعَ في حقِّ المشتري إذا كان ينكِر ما يدَّعيه البائعُ من الزيادة، فإذا ترك البائعُ دعوى الزيادة وأخذَ الحيَّ ورضي به المشتري فلا حاجةَ إلى استحلافِ المشتري، والصحيحُ هو ترك دعوى الزّيادة في الثمنِ لا تركُ عن الهالك؛ لأنَّ البائعَ لا يتركُ من ثمن الهالك كلَّه، وإنّما يتركُ الزائدَ على ما يقرُّ به المشتري.

ومعنى قولِهِ: لا يأخذُ شيئاً؛ أي لا يأخذُ من الزيادة التي يدَّعيها شيئاً، وعلى هذا التقدير ينصرفُ الاستثناءُ إلى يمين المشتري، ومن أصحابنا مَن قال: ينصرفُ الاستثناءُ إلى التحالف، وهو أظهر؛ لأنَّ المانعَ من التحالفِ وهو الهالكُ قد زالَ بخروجه من أن يكون مبيعاً، فصار كأنَّ المبيعَ هو الحيُّ وحدَه، أو يرضاه بما أقرَّ به المشتري من ثمن الهالك، فلم يبقَ الاختلافُ بينهما إلاَّ في ثمنِ الحيِّ فيتحالفان، فأيُّهما نكلَ لزمه دعوى الآخر(١).

[١]قوله: **يأخذُ من ثمن الهالك**؛ يعني إنَّ البائعَ يأخذُ في حصَّةِ الهالك من المشتري ما يقرُّ به المشتري، ويترك حصَّة الهالكِ على حسب دعواه، فلا شيءَ له من حصَّةِ الهالك إلا ما قال المشتري.

[٢]قوله: **فالاستثناء...**الخ؛ تفريعٌ على ما تقدَّمَ من قول بعض المشايخ ﷺ،

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣٠٩).

ولا في بدلِ الكتابة

(ولا في بدلِ الكتابة[1]

يعني: فعلى قولِهِ هؤلاء المشايخ ﷺ، الاستثناءُ المذكور في المتنِ ينصرفُ إلى يمينِ المشتري لا إلى التحالف، معنى الكلام أنَّ المتبايعين لا يتحالفان عند الإمام، ويكونُ القولُ قولَ المشتري مع يمينِه إلاَّ أن يرضى البائع أن يأخذَ الحيّ، ولا يأخذُ من ثمنِ الهالكِ زائداً على ما أقرَّ به المشتري.

فحينئذٍ لا يمينَ على المشتري؛ لأنَّ الاستحلافَ إنّما شرعَ في حقِّ المشتري إذا كان منكراً ما يدَّعيه البائع من الزيادة، فإذا أخذَ البائع الحيَّ وتركَ دعوى الزيادة، ورضي به المشتري فلا حاجة إلى تحليف المشتري.

[١]قوله: ولا في بدلِ الكتابة؛ يعني إذا اختلفَ المولى والمكاتب فلا تحالفَ عند الإمام، وقالا: يتحالفان، وتفسخُ الكتابة، وهو قولُ الشافعيّ ﷺ؛ لأنَّ الكتابةَ عقدُ معاوضةٍ تقبلُ الفسخ، وكلُّ واحدٍ منهما مدَّعٍ على الآخر؛ لأنَّ المولى يدَّعي بدلاً زائداً، والعبدُ ينكرُه، والعبدُ يدَّعي استحقاقَ العتق على المولى عند أداء ما يقرّ به، والمولى ينكرُه، فيتحالفان، كما إذا اختلفا في الثمن، وهو قبل القبضِ موافقٌ للقياس، فيتعدّى إليه.

وللإمامِ ﷺ: إنَّ البدلَ في الكتابةِ مقابلٌ بفكِّ الحجر، وهو ملكُ التصرُّف واليد للحال، وقد سُلِّمَ ذلك للعبد، ولا يدَّعي على مولاه شيئاً، وقد تقرَّرَ أنَّ التحالفَ بعد القبضِ يكون على خلافِ القياسِ فلا يتحالفان، فيكون القولُ قولَ العبد؛ لأنّه منكر، وإنّما يصيرُ مقابلاً بالعتقِ عند الأداء، وقبله لا يقابله أصلاً، حتى يقال فيه: إنّه اختلافٌ قبل القبض، وهذا نظيرُ الأجرة، فلها مقابلةٌ بالعين المستأجَّرةِ عند العقد، ثم ينتقلُ إلى المنفعةِ عند الاستيفاء.

والفارق بين البيع والكتابةِ أنَّ البيع لازمٌ من الجانبين، فالمصيرُ إلى التَّحالفِ فيه مفيد، حتى إذا نكَلَ أحدُهما لزِمَه دعوى الآخر، ولا يتحقَّق ذلك في الكتابة؛ لأنَّ المكاتبَ إذا نكَلَ لا يلزمُهُ شيءٌ لتمكُّنِهِ من الفسخ بالعجز، والدين فيه غيرُ لازم، حتى لا تجوز الكفالةُ به، لا أنّها معاوضةٌ مطلقاً فغيرُ مُسَلَّم؛ لأنَّ الكلَّ للمولى من وجهٍ، فلا يكون في معنى البيع.

ولا في رأسِ المالِ بعد إقالتِه، وصُدِّقَ المسلَّمُ إليه إن حَلَفَ، ولا يعودُ السَّلم، ولو اختلفا في قدر الثَّمنِ بعد إقالةِ البيع تحالفا، وعادَ البيع

ولا في رأسِ المالِ بعد إقالتِه[١]**، وصُدِّقَ المسلَّمُ إليه إن حَلَفَ، ولا يعودُ السَّلم)**: أي أقالا عقد السَّلَم، فوقعَ الاختلاف في رأسِ المال، فالقولُ قولُ المسلَّم إليه، ولا تحالف؛ لأنَّه إن تحالفا تنفسخُ الإقالةَ ويعودُ السَّلَم، وذا لا يجوز؛ لأنَّ إقالةَ[٢] السَّلمِ إسقاطُ الدَّين، والسَّاقطُ لا يعود.

(ولو اختلفا[٣] **في قدر الثَّمنِ بعد إقالةِ البيع تحالفا**[٤]**، وعادَ البيع)**

وإذا انعدمَ التحالفُ أوجبَ اعتبارَ الدعوى والإنكار، فيكون القولُ للمنكر، وهو العبد، وإن أقامَ أحدُهما بيِّنةً تقبل، ويعملُ بها؛ لأنّه نوَّرَ دعواه، وإن أقاما البيِّنة فكانت بيِّنةُ المولى أولى؛ لأنّها تثبتُ الزيادة إلاَّ أنّه إذا أدَّى قدرَ ما أقامَ البيِّنةَ عليه يعتق؛ لأنّه أثبتَ الحريَّةَ لنفسِهِ عند أداءِ هذا القدر، فوجبَ قبولُ بيِّنتِهِ على ذلك. صرَّحَ به الزَّيْلَعِيُّ ﷺ(١)، وغيره.

[١]قوله: **بعد إقالته**؛ قيّد به؛ لأنّهما لو اختلفا قبلها في قدره تحالفا؛ كالاختلافِ في جنسِهِ ونوعِهِ وصفتِهِ كالاختلافِ في المسلّم فيه في الوجوهِ الأربعة. كذا في «البحر»(٢).

[٢]قوله: **لأن إقالة**...الخ؛ حاصله: إنّ الإقالةَ في باب السلم لا تحتملُ النقض؛ لأنّه إسقاط فلا يعودُ بخلاف البيع.

[٣]قوله: **ولو اختلفا**... الخ؛ صورته: أنّه اشترى جاريةً وقبضَها ثمَّ تقايلا، ثمَّ اختلفا في الثمنِ بأن قال المشتري: كان الثمنُ ألفاً، فعليك أن تردَّ الألف، وقال البائع: كان خمسمئةٍ فعليَّ ردُّ خمسمئة، ولا بيّنةَ لهما، فإنّهما يتحالفان ويعودُ البيعُ الأوّل، حتى يكون حقُّ البائعِ في الثمن، وحقُّ المشتري في المبيع، كما كان قبل الإقالة، فلا يجبُ على كلِّ واحدٍ منهما أن يردَّ على صاحبه شيئاً.

[٤]قوله: **تحالفا**؛ لو كان كلّ من المبيع والثمن مقبوضاً، ولم يردَّه المشتري إلى

(١) في «تبيين الحقائق»(٣: ٣١٠).
(٢) «البحر الرائق»(٧: ٢٢٣).

ولو اختلفا في بدلِ الإجارة، أو المنفعة قبل قبضِها تحالفا وترادًّا، وحلفَ المستأجِرُ أوَّلاً إن اختلفا في الأجرة، والمؤجِّرُ إن اختلفا في المنفعة، وأيٌّ نكلَ ثَبَتَ قولُ صاحبه، وأيٌّ بَرْهَنَ قُبِل، وإن بَرْهَنا فحجَّةُ المؤجِّر أَوْلى إن اختلفا في الأجرة، وحجَّةُ المستأجِرِ إن اختلفا في المنفعة

فإنَّهما إذا تحالفا تنفسخُ الإقالة، ويعودُ البيع، وذا غير ممتنع.

(**ولو اختلفا في بدلِ الإجارة**[1]، **أو المنفعة قبل قبضِها تحالفا وترادًّا، وحلفَ المستأجِرُ أوَّلاً إن اختلفا في الأجرة، والمؤجِّرُ إن اختلفا في المنفعة، وأيٌّ نكلَ ثَبَتَ قولُ صاحبه، وأيٌّ بَرْهَنَ قُبِل، وإن بَرْهَنا فحجَّةُ المؤجِّر أَوْلى إن اختلفا في الأجرة، وحجَّةُ المستأجِرِ إن اختلفا في المنفعة**)؛ لأنَّ حجَّةَ المؤجِّرِ تُثْبِتُ زيادةَ الأجرة، وحجَّةُ المستأجِرِ تُثْبِتُ المنفعة، والحجَجُ للإثبات

بائعهِ بحكمِ الإقالة، فلو لم يكونا مقبوضين أو أحدهما فلا يعودُ البيع، والقولُ قولُ منكرِ الزيادةِ مع يمينه، وإن ردَّ المشتري المبيعَ إلى بائعه بحكم الإقالةِ لا تحالف عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما.

خلافاً لمحمَّد رضي الله عنه؛ لأنَّه يرى النصَّ معلولاً بعد القبض أيضاً؛ لوجود الإنكارِ من كلِّ واحدٍ من المتبايعين لما يدّعيه الآخر، وهذه العلَّةُ لا تتفاوت بين كونِ المبيعِ مقبوضاً أو غير مقبوض، ولَمّا كان النصُّ عنده معلولاً تعدّى حكمه من البيع إلى الإقالة، وإن كان بعد قبض البائعِ المبيعَ بعد الإقالة.

وهما قالا: كان ينبغي أن لا تحالفَ مطلقاً؛ لأنَّه إنّما ثبتَ في المبيع المطلقِ بالسُّنة، والإقالةُ فسخٌ في حقِّهما إلاَّ أنّه قبلَ القبضِ على وفقِ القياس، فوجبَ القياسُ كما قسنا الإجارةَ على البيعِ قبل القبض، والوارثُ على العاقد، والقيمةُ على العينِ فيما إذا استهلكَه في يدِ البائع غير المشتري.

[1]قوله: **ولو اختلفا في بدلِ الإجارة... الخ**؛ تقريرُ المسألة: إنَّ المؤجِّرَ والمستأجرَ لو اختلفا في قدرِ الأجرةِ بأن قال المستأجرُ: درهم، وقال المؤجِّرُ: درهمان، أو المنفعة، بأن ادَّعى المؤجِّرُ أنّه أجَّرَه شهراً، وادَّعى المستأجرُ أنّه استأجره شهرين.

وهذا الاختلافُ يقعُ قبل استيفاء المعقود عليه، تحالفا وترادّا؛ لأنَّ الإجارةَ قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع، في كون كلٍّ من المتعاقدين يدَّعي على الآخر وهو

وحجَّةُ كلٍّ في فضلٍ يدَّعيه أوْلى إن اختلفا فيهما، ولا تَحالُفَ إن اختلفا بعد قبضِ المنفعة، والقولُ للمستأجِر

(**وحجَّةُ كلٍّ في فضلٍ يدَّعيه أوْلى إن اختلفا فيهما**)، كما إذا قال المؤجِّرُ: أجَّرتُ إلى سنةٍ بمئتين، وقال المستأجِرُ: لا بل أجَّرتَ إلى سنتين بمئة، وأقاما البيِّنة تَثْبُتُ في سنتينِ بمئتين.

(**ولا تَحالُفَ إن اختلفا بعد قبضِ المنفعة، والقولُ للمستأجِر**): أي إن اختلفا في قَدْرِ الأجرةِ بعد قبضِ المنفعة، فلا تَحالُفَ عليهما، والقولُ للمستأجِّر؛ لأنَّه منكرٌ للزِّيادة، وهذا ظاهرٌ[1] عند أبي حنيفةَ ﷺ وأبي يوسفَ ﷺ

ينكر، وكونُ كلٍّ من العقدين معاوضةً يجري فيها الفسخ، فالتحقَتْ به، وأقيمت الدَّارُ مثلاً مقامَ المنفعةِ في حقِّ إيرادِ العقدِ عليها، فكأنّها قائمةٌ تقديراً، فلا يردّ أنَّ قيامَ المعقودِ عليه شرطٌ، والمنفعةُ معدومة، فينبغي أن لا يجريَ فيها التحالف.

فإن وقعَ الاختلافُ في الأجرةِ حلفَ المستأجرُ أوَّلاً؛ لأنَّه منكرٌ بوجوبِ زيادةِ الأجرة، وإن وقعَ الاختلافُ في المنفعةِ حلفَ المؤجّر أوَّلاً؛ لكونِهِ منكراً لوجوب زيادةِ المنفعة، وأيُّهما نكَلَ لزمَه دعوى صاحبِهِ كما هو مقتضى النكول، وأيُّهما أقامَ البيِّنة قُبِلَت بيِّنتُه، وإن أقاما البيّنة فبيّنةُ المؤجِّر أَوْلى بالقبول؛ لكونها أكثرُ إثباتاً.

وهذا إذا كان الاختلافُ في الأجرة، وإن كان في المنفعةِ فبيّنة المستأجرِ أَوْلى بالقبول، وإن كان الاختلافُ في الأجرةِ والمنفعةِ كليهما فبيِّنة كلٍّ من المؤجِّر والمستأجرِ قبلت فيما يدَّعيه من الفضل.

كما إذا ادَّعى المؤجِّرُ أن مدَّتَها سنةً بمئتين، وادَّعى المستأجرُ أنَّ مدَّتَها سنتان بمئة، تقضى بمئة للمؤجِّر، وسنتين للمستأجر؛ نظراً إلى كثرةِ الإثبات.

وإن اختلفا بعد استيفاءِ المنفعةِ لم يتحالفا اتّفاقاً، والقولُ للمستأجر مع يمينه؛ لأنّه منكرٌ الزيادة، وإن اختلفا بعد استيفاءِ بعضِ المنفعة [تحالفا وفسخ العقد] فيما بقيَ اعتباراً للبعضِ بالكلّ، والقولُ يكون للمستأجِرِ فيما مضى؛ لأنَّ القول يكون للمنكر(١).

[١]قوله: **وهذا ظاهر**... الخ؛ يعني أنَّ عدمَ التحالفِ عند الشيخين ظاهرٌ؛ لأنَّ

(١) ينظر: «نتائج الأفكار»(٨: ٢٣٣ - ٢٣٤).

وبعد قبضِ بعضِها تحالفا، وفُسِخَتْ فيما بقي، والقولُ للمستأجِرِ فيما مَضَى

لأنَّ التَّحالُفَ بعد قبضِ المبيعِ على خلافِ القياس؛ فلا تقاسُ الإجارةُ على البيع، فإنّ التَّحالفَ في الإجارةِ يثبت قياساً على البيع، وأمَّا عند محمَّدٍ ﷺ فإن البيعَ ينفسخُ بقيمةِ الهالك، وهاهنا ليس للمنَافعِ قيمة.

(وبعد قبضِ[1] بعضِها تحالفا، وفُسِخَتْ فيما بقي، والقولُ للمستأجِرِ فيما مَضَى)

التحالفَ بعد قبض المبيعِ على خلاف القياسِ فلا يقاسُ الإجارةُ هاهنا عليه إذ هلاكُ المعقود عليه بالاستيفاء يمنعُ التحالف، والمعقودُ عليه هاهنا عرض، وهو المنفعة، والعرضُ لا يبقى زمانين، بخلاف ما في صورة المقيس، حيث وجدَ المعقود عليه.

وكذا على أصلِ محمَّد ﷺ؛ لأنَّ الهلاكَ إنّما لا يمنعُ عنده في المبيع لما أنَّ له قيمة تقومُ مقامَه فيتحالفان عليها، ولو جرى التحالفُ هاهنا وفسخ عقد الإجارة فلا قيمة؛ لأنَّ المنافعَ لا تتقوَّمُ بنفسها بل بالعقد، وبالفسخِ يرتفعُ العقد.

فتبيَّن أنّه لا عقد، فحينئذٍ ظهرَ أنّه لا قيمةَ للمنفعة، وإذا كان كذلك كان البيعُ غيرَ قائم، ولا الذي يقومُ مقامَه فامتنعَ التحالف، فالقولُ للمستأجرِ مع يمينِه؛ لأنّه هو المستحقّ عليه، ومتى وقع الاختلافُ في الاستحقاقِ كان القولُ قولَ المستحقّ. صرَّحَ به في «الكافي»، وغيره(١).

[١]قوله: **وبعد قبض**... الخ؛ يعني لو اختلفا بعد استيفاءِ بعضِ المنفعة تحالفا فيما بقيَ اعتباراً للبعضِ بالكلّ، وتفسخُ الإجارةِ فيما بقيَ من المنافع، لإمكانِ الفسخ، وهذا لا ينافي ما مرَّ أنَّ هلاكَ بعض المعقودِ عليه يمنعُ التحالفَ عند الإمام؛ لأنَّ الإجارةَ تنعقدُ ساعةً فساعة، على حدوثِ المنفعة، فكان كلُّ جزءٍ من المنفعةِ بمنزلة معقودٍ عليه فيما بقيَ من المنفعة، كمعقودٍ عليه غيرِ مقبوض، فتحالفا في حقّه.

بخلاف ما إذا هلكَ بعضُ المبيع؛ لأنّه بجميعِ أجزائه معقودٌ بعقدٍ واحد، فإذا تعذَّرَ الفسخُ في بعضِهِ بالهلاك، تعذّر في كلّه ضرورة. والقولُ للمستأجرِ مع اليمين فيما مضى؛ لأنّه منكرٌ بما يدَّعيه المؤجِّرُ من زيادة الأجرة(٢).

---

(١) ينظر: «نتائج الأفكار»(٨: ٢٣٤).

(٢) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٢٦٧ - ٢٦٨).

وإن اختلفَ

فإن الإجارةَ[١] تَنْعَقِدُ ساعةً فساعة، فكأنَّها تنعقدُ بعقودٍ مختلفة، ففيما بقي يتحالفان قياساً على البيع، وفيما مَضَى لا، بل القولُ فيه للمنكر، وهو المستأجِر.

(وإن اختلفَ[٢]

[١]قوله: **فإنَّ الإجارة... الخ**؛ تقريره: إنّ الإجارةَ تنعقدُ ساعةً فساعة على حسبِ حدوث المنفعة، فيصيرُ العقدُ في كلِّ جزءٍ من المنفعة كأنّه ابتداءُ العقد على كلِّ جزءٍ من المنفعة، فصار ما بقيَ من المنافعِ كالمنفرد بالعقد، فكان الاختلافُ بالنسبةِ إليه قبل استيفاءِ المعقودِ عليه، وفيه التحالف، وأمّا الماضي فالقولُ فيه قولُ المستأجر؛ لأنَّ الماضية هالكة، فكان الاختلافُ بالنسبةِ إليها بعد الاستيفاء، ولا تحالفَ فيه، فالقولُ قول المستأجر بالاتّفاق.

[٢]قوله: **وإن اختلفَ الزوجان**؛ أي ادَّعى كلٌّ واحدٍ منهما أنَّ الكلَّ له، قيَّدَ باختلافهما؛ للاحتراز عن اختلافِ نساءِ الزوج دونه، فإنَّ متاعَ النِّساءِ بينهنَّ على السواءِ إن كنَّ في بيتٍ واحد، وإن كانت كلُّ واحدةٍ منهنَّ في بيتٍ على حدة، فما [في] بيتِ كلّ واحدة امرأة بينَها وبينَ زوجِها على ما ذُكِر، ولا يشترك بعضهنَّ مع بعض. ذكرَه العلامةُ الطَّحْطَاويُّ(١) نقلاً عن «خزانة الأكمل» و«الخانية».

وذكر في «السراج الوهّاج»: لو كان لرجلٍ أربع نسوة، فإن كنَّ في بيتٍ واحدٍ فمتاعُ البيتِ بين النسوةِ أرباعاً، وإنّ كُنَّ في بيوتٍ مختلفة فمتاعُ كلُّ بيتٍ بعينه بينَه وبين المرأةِ التي تسكنُه. انتهى.

وللاحترازِ عن اختلافِ الأبِ وابنهِ فيما في البيت، قال في «خزانة الأكمل»: قال أبو يوسف ﷺ: إذا كان الأبُ في عيالِ الابنِ في بيته، فالمتاعُ كلُّه للابن، كما لو كان الابنُ في بيتِ الأبِ وعياله، فمتاعُ البيتِ للأب. انتهى.

ثمّ قال: قال محمّد ﷺ: رجلٌ زوَّجَ ابنتَه، وهي وختنه في داره وعياله، ثمَّ اختلفوا في متاعِ البيت فهو للأب؛ لأنّه في بيتِهِ وفي يدِه، ولهم ما عليهم من الثياب. انتهى.

(١) في «حاشيته على الدر»(٣: ٣٠٥).

الزَّوجان في متاعِ البيت، فلَها ما صلحَ لها

الزَّوجان[١] في متاعِ البيت[٢]، فلَها ما صلحَ لها[٣]

وللاحتراز عن إسكافٍ وعطَّار، اختلفا في آلة الأساكفة وآلةِ العطَّارين، وهي في أيديهما، فإنّه يقضي بها بينهما، ولا ينظرُ إلى ما يصلحُ لأحدِهما؛ لأنّه قد يتّخذُ لنفسه أو للبيع، فلا يصلحُ مرجّحاً.

وللاحترازُ عمَّا إذا اختلفَ المؤجِّرُ والمستأجرُ في متاعِ البيت، فإنَّ القولَ فيه للمستأجر؛ لكونِ البيت مضافاً إليه بالسُّكنى.

وللاحتراز عن اختلافِ الزوجينِ في غيرِ متاعِ البيت، وكان في أيديهما، فإنّهما كالأجنبيّين يقسم بينهما. كذا في «البحر»(١)، وغيره(٢).

[١]قوله: الزوجان؛ أطلقَ الزوجين، فشملَ المسلمين، والمسلمُ مع الذميّة، والحرّين، والمملوكين، والمكاتبين، والزوجين الكبيرين، والصغيرين إذا كان الصغيرُ يجامع.

وأمّا إذا كان أحدُهما حرّاً والآخرُ مملوكاً، فالكلُّ للحرِّ في الحياة، وللحيِّ بعد الموت، كما سيأتي، وشملَ اختلافهما حالَ بقاءِ النكاح، وما بعدَ الفرقة، وما إذا كان البيتُ ملكاً لهم، أو لأحدِهما خاصّة. كذا في «البحر»(٣)، وغيره.

[٢]قوله: في متاع البيت؛ أي فيما ينتفعُ به من نفسه أو ممّا حصلَ منه كالعقارِ وغيره، والمتاعُ في اللغة كما في «المصباح»(٤): كلُّ ما ينتفعُ به كالطعام والبرِّ وأثاثِ البيت، وأصلُهُ ما يُتَبَلَّغُ به من الزاد، وهو اسم من متَّعته بالتثقيل إذا أعطيته ذلك، والجمعُ أمتعة، والمرادُ بالمتاعِ هنا: ما كانَ في البيت ولو ذهباً أو فضَّة، صرَّح به في «المنح»(٥)، وغيره.

[٣]قوله: فلها ما صلحَ لها؛ كالخمارِ والدرع والخلخال والحليّ، فالقولُ فيها

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ٢٢٥ - ٢٢٦).

(٢) ينظر: «حاشية الطحطاوي»(٣: ٣٠٥).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ٢٢٥).

(٤) «المصباح»(٢: ٨٦٦).

(٥) «منح الغفار»(ق٢: ١٦٨/أ).

وله ما صلحَ له أو لهما

وله ما صلحَ له أو لهما[١]) : أي إن اختلفا ولا بيِّنةَ لأحدِهما[٢]، فما صلحَ للنِّساء يكون للمرأة مع يمينِها، وما صلحَ للرِّجال أو للرِّجال والنِّساءِ يكونُ للرَّجل مع يمينِه

قولُ المرأة؛ لأنَّ الظاهرَ شاهدٌ لها، إلا إذا كان الرجلُ يصنع، أو يبيع هذه الأشياء، ذكر الطَّحْطَاويُّ(١) نقلاً عن «البدائع»: محلُّ كونِ القولِ لها إذا لم تقرَّ المرأةُ أنَّ هذا المتاعَ اشتراه، فإن أقرَّت بذلك سقطَ قولُها؛ لأنّها أقرَّت بأنَّ الملكَ للزَّوج، ثمَّ ادَّعت الانتقالَ إليها، فلا يثبتُ الانتقالُ إلاَّ بالبيِّنة. انتهى.

وكذا إذا ادَّعت أنَّها اشترته منه مثلاً، فلا بُدَّ من بيِّنةٍ على الانتقالِ إليها منه بهبةٍ أو نحو ذلك، ولا يكون استمتاعها بمشتريه ورضاهُ بذلك دليلاً على أنّه مُلكها، ذلك كما تفهمُه النساءُ والعوامّ، قال في «البحر»(٢): وقد أفتيتُ بذلك مراراً. انتهى.

[١]قوله: **وله ما صلح له أو لهما**؛ أمَّا ما صلحَ له كالعمامةِ والقلنسوةِ والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب، فالقولُ فيها قولُ الزوجِ مع اليمين؛ لأنَّ الظاهرَ شاهدٌ له إلاَّ إذا كانت المرأةُ تبيعُ هذه الأشياء.

وأما ما صلحَ لهما كالفرشِ والأمتعةِ والأواني والرَّقيق والعقارِ والمَنْزِلِ والمواشي والنقود، فالقولُ فيها أيضاً للزَّوج؛ لأنَّ المرأةَ وما في يدِها في يدِ الزوج، فكأنَّ الأموالَ كلَّها في يدِ الزوج، وشملَ كلامُه ما إذا كان في ليلةِ الزفاف، فيكون القولُ له.

لكن قال الأكمل في «الخزانة»: لو ماتت المرأةُ في ليلتِها التي زُفَّت إليه في بيتِهِ لا يستحسنُ أن يجعلَ متاعُ الفرشِ وحليِّ النساءِ وما يليقُ بهنّ للزوج، إلاَّ أن يكون الرجلُ معروفاً بتجارةِ جنسٍ منهما، فهو له. انتهى.

وكذلك إذا اختلفا حالَ الحياة فيما يصلحُ لهما، فالقولُ له إلاَّ إذا كان الاختلافُ ليلةَ الزفاف، فالقولُ لها في الفرشِ ونحوها؛ لجريانِ العرفِ غالباً أنَّ الفرشَ والصناديقَ والخدمَ تأتي به المرأة، ينبغي اعتماده للفتوى، إلاَّ أن يوجدَ نصٌّ في حكمِهِ ليلةَ الزِّفافِ بخلافه فيتّبع. كذا في «البحر»(٣).

[٢]قوله: **ولا بيّنة لأحدهما**؛ قيِّد به لأنَّه إن كانت لأحدهما بيّنة فيقضى بما يثبت بها.

---

(١) في «حاشيته»(٣: ٣٠٥).

(٢) «البحر الرائق»(٧: ٢٢٥).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ٢٢٦). ينظر: «حاشية الطحطاوي»(٣: ٣٠٦).

وإن ماتَ أحدُهما، فالمشكلُ للحيّ

(وإن ماتَ[1] أحدُهما، فالمشكلُ للحيّ)، المرادُ بالمشكلِ ما يصلحُ للرِّجالِ والنِّساء، فهو للحيِّ مع يمينِه هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ، وقال أبو يوسف ﷺ: يدفعُ إلى المرأةِ ما يُجَهَّزُ به مثلُها، والباقي للزَّوج مع يمينِه، والحياةُ والموتُ سواءٌ لقيامِ الورثة مقامَ المورِّث، وعند محمَّدٍ ﷺ: إن كانا حيَّيْنِ فكما قال أبو حنيفةَ ﷺ، وبعد الموتِ ما يصلحُ لهما لورثةِ الزَّوج.

[1]قوله: **وإن مات**... الخ؛ تفصيلُ المسألة: إنَّ أحدَ الزوجين إذا ماتَ واختلفَ الحيُّ منهما مع ورثةِ الآخر، فإن كان المتاعُ ممَّا يصلحُ للرجالِ والنساءِ فهو للحيّ، وإن كان ممَّا يصلحُ لأحدِهما فقط، فهو على ما كان قبل الموت، وتقومُ ورثتُهُ فيه، وهذا مذهبُ الإمام.

وقال أبو يوسف ﷺ: يدفعُ إلى المرأةِ ممَّا يصلحُ للرِّجالِ والنساءِ ممَّا يجهزُ به مثلُها، والباقي للزَّوجِ مع يمينه، ولورثتِهِ بعد موته.

وقال محمَّد ﷺ: مثلَ ما قالَ أبو حنيفة ﷺ: إنَّ ما يصلحُ لأحدِهما فهو له، وما يصلحُ لهما فهو للزوجِ إلاَّ أنَّ قولَه هذا لا يختلفُ بين أن يكونَ في حياتِهما وبعد موتِ أحدهما.

والحاصلُ: إنّهم اتَّفقوا أنَّ ما يصلحُ لأحدِهما فهو لَمن يصلحُ له في الحياةِ والموت، حتى تقومَ ورثتُهُ مقامَه، واختلفوا فيما يصلحُ لهما، فالإمامُ جعلَهُ للزوجِ في حالِ حياتهما، وللباقي منهما بعد موتِ أحدِهما.

ومحمَّد ﷺ: جعلَه للزَّوجِ في كلتا الحالتين.

وأبو يوسفَ ﷺ: جعلَ منه للمرأةِ قدرَ ما يجهَّزُ به مثلُها في الحالتين؛ لأنّها تأتي بالجهازِ عادة، فكان الظاهرُ شاهداً لها، وهو أقوى من ظاهرِ يدِ الزوجِ بجريان العادةِ بذلك، فيبطلُ به ظاهرُ يدِ الزوج، ولا معارضَ في الباقي بظاهرِهِ فيعتبرُ لقوَّةِ يدِه عليها؛ لأنّه قوَّامٌ عليها.

ولهما: في الاستواءِ بين الحالتين أنَّ الورثةَ يقومونَ مقامَ الميِّت؛ لأنّهم خلفاؤه فيما له، فكما أن المشكل له في حياته مع يمينه، فكذا كان القولُ لورثتِه.

وللإمام: إنَّ يدَ الباقي منهما أسبقُ إلى المتاع؛ لأنَّ الوارثَ ثبتت يدُهُ بعد موتِ

وإن كان أحدُهما عبداً، فالكلُّ للحرّ في الحياة، وللحيِّ بعد الموت

(وإن كان أحدُهما عبداً، فالكلُّ للحرّ في الحياة[١]، وللحيِّ[٢] بعد الموت)، وعندهما[٣]: العبدُ المأذونُ والمكاتَبُ كالحرّ.

المورِّث، فيقعُ به الترجيحُ كما يقعُ به الصلاحيّةُ للاستعمال بل أولى؛ لأنَّ لليد رجحاناً مطلقاً حتى يرجَّحَ به في غير هذا الباب، بخلافِ الصلاحيّة؛ ولأنَّ يدَ الباقي منهما يد نفسه، ويدُ الوارث خلفٌ عن يدِ المورِّثِ فلا يعارضُ الأصل.

وقال زفر ﷺ: المشكلُ بينهما نصفان، والباقي مثلُ ما قالَ أبو حنيفةَ ﷺ، وعنه: إنَّ المتاعَ كلَّه بينهما نصفين، وبه قال مالكٌ والشافعيُّ ﷺ؛ لأنّهما استويا في سببِ الاستحقاق، إذ هما ساكنانِ في بيتٍ واحد، والبيتُ مع ما فيه في أيديهما، ولا اعتبارَ بالشبهة في الخصومات، وكذا لو اختلفَ إسكافٌ وعطّار في آلةِ الأساكفةِ وآلةِ العطَّارين، وهي في أيديهما، قضى بينهما نصفين، ولا ينظرُ إلى ما يصلحُ لأحدهما؛ لأنّه قد يتخذُّهُ لنفسه أو للبيع، فلا يصلحُ مرجِّحاً.

وقال الحسن البصريُّ ﷺ: إنَّ المتاعَ كلّه للمرأة، وليس للرَّجلِ إلاَّ ما عليه من ثياب بدنه؛ لأنَّ المرأةَ هي الساكنةُ فيه، ويدُ صاحبِ البيتِ على ما في البيت أقوى وأظهر من يدِ غيره، وفي الدَّعاوي يقدَّم صاحبُ اليد.

وقال ابنُ أبي ليلى ﷺ: إنَّ المتاعَ كلّه للزوج، وكيف ما كان؛ لأنَّ المرأةَ في يدِ الزوج، فما في البيت أيضاً يكون في يدِه، وإن كان البيتُ لها، ألا ترى أنّه صاحبُ البيت، وأنَّ البيتَ يضافُ إليه، فصار بمنْزلةِ المؤجِّرِ مع المستأجر، وإذا اختلفا في متاع المنْزلِ فإنَّ القولَ للمستأجر؛ لكونِهِ مضافاً إليه بالسكنى، وليس للمؤجِّر سوى ما عليه من ثيابِ بدنه، ذكره الزَّيْلَعِيُّ[١]، وغيره، فهذه المسألة هي المُسَبَّعة، فتذكَّرها وتشكَّر.

[١]قوله: **فالكلُّ للحرِّ في الحياة**؛ لكونِ يدِ الحرِّ أقوى من يدِ المملوك؛ لأنَّ يدَه يدُ ملك، ويدُ المملوكِ ليست بيدِ ملك.

[٢]قوله: **وللحيِّ بعد الموت**؛ لأنَّ الميِّتَ لا يُدَّ له، فخلت يدُ الحيِّ عن المعارض.

[٣]قوله: **وعندهما**... الخ؛ يعني أنَّ هذا على إطلاقِهِ قولُ أبي حنيفةَ ﷺ، وعند صاحبيه العبدُ المأذونُ له في التجارة، والمكاتَبُ كالحرّ؛ لأنَّ لهما يداً معتبرةً في الخصومات.

(١) في «تبيين الحقائق»(٤: ٣١٢ - ٣١٣).

....

....

ألا ترى أنَّ الحرَّ والمكاتبَ لو اختصما في شيءٍ في أيديهما، قضى بينهما؛ لاستوائهما في اليد، ولو كان في يدِ ثالث وأقاما البيِّنة استويا فيه، فكما لا يترجَّحُ الحرُّ بالحريَّة في سائرِ الخصومات، فكذا في متاعِ البيت.

والجوابُ من جانبِ الإمام: إنَّ يدَ المملوكِ لا تكونُ متساويةً ليدِ الحرّ، فإنَّ يدَه يدُ نفسِه من كلٍّ وجه، ويدُ المملوك يدُ الغير وهو المولى من وجه، فترجَّحت به في حقٍّ متاعِ البيت، ألا ترى أنَّها تترجَّحُ بالصلاحية، فهذا أولى أن يترجَّح به، بخلافِ سائرِ الخصومات، فإنّها لا تترجَّحُ بالصلاحية. فكذا بالحريّة.

مومومو

فصل

فيمن لا يكون خصماً

ولو قال ذو اليد: هذا الشَّيء أودعنيه، أو أعارنيه، أو آجرنيه، أو رهنيه زيد، أو غصبتُهُ منه، وبرهنَ عليه، سقطت خصومةُ المدَّعي

فصل[1]

فيمن لا يكون خصماً

(ولو قال[2] ذو اليد: هذا الشَّيء[3] أودعنيه، أو أعارنيه، أو آجرنيه، أو رهنيه زيد، أو غصبتُهُ منه، وبرهنَ عليه، سقطت خصومةُ المدَّعي)

[1]قوله: فصل؛ هذا فصلٌ في بيانِ مَن لا يكونُ خصماً، ذكرَه بعد بيانِ مَن يكون خصماً، لمناسبة المضادَّةِ بينهما، وقدَّم الأوَّلَ لكونِ ذكرِهِ عمدةً في المقام؛ لأنَّ الكتابَ كتاب الدعوى، وهي عبارةٌ عن الخصومة، وذكر مَن لا يكونُ خصماً إنّما هو لاتِّضاحِ المقام؛ لأنَّ الأشياءَ تعرفُ بأضدادها.

[2]قوله: ولو قال... الخ؛ تصويرُ المسألة: أنَّ داراً وثوباً في يدِ إنسانِ ادَّعى رجلٌ عليه أنّهما له، فقال ذو اليد: هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب، أو أعارنيه أو أجَّرنيه أو رهَنه عندي، أو غصبتُه منه، وأقامَ البيِّنةَ على ذلك، فلا خصومةَ بين ذي اليد الذي هو المدَّعى عليه وبين المدَّعي.

[3]قوله: هذا الشيء؛ ظاهر قوله: هذا الشيء؛ أنّه قائم؛ لأنَّ الإشارةَ الحسيَّة لا تكون إلاّ إلى موجود في الخارجِ فمفهومِه أنّه لا تندفعُ لو كان المدَّعي هالكاً، وبه صرَّح في «العناية»[1] أخذاً من «خزانةِ الأكمل» فقال: عبدٌ هَلَكَ في يدِ رجلٍ أقامَ رجلٌ البيِّنةَ أنّه عبده، وأقامَ الذي ماتَ في يده أنّه أودعه فلان، أو غصبَه أو أجَّره لم تقبل، وهو خصم، فإنّه يدَّعي الدَّين عليه، وإيداعُ الدين لا يمكن.

ثم إذا حضرَ الغائبُ وصدَّقه في الإيداعِ والإجارةِ والرهنِ رجعَ عليه بما ضَمِنَ للمدَّعي، أمَّا لو كان غصباً لم يرجع، وكذا في العاريةِ والإباق مثل الهلاكِ هاهنا، فإن عاد العبدُ يوماً يكون عبداً لِمَن استقرَّ عليه الضمان. كذا في «البحر»[2].

---

(1) «العناية»(7: 226).

(2) «البحر الرائق»(7: 229).

وإن قال: اشتريتُهُ من الغائب، وقال المدَّعي: غصبتُه، أو سرقتُه، أو سُرِقَ منّي لا، وإن بَرْهَنَ ذو اليد على إيداع زيد

لأنَّ يدَ[1] هؤلاء ليستْ يدَ خصومة.

(**وإن قال**[2]**: اشتريتُهُ من الغائب، وقال المدَّعي: غصبتُه، أو سرقتُه، أو سُرِقَ منّي لا، وإن بَرْهَنَ ذو اليد على إيداع زيد**)؛ لأنَّ ذا اليدِ[3] إذا قال: اشتريته من الغائب، فقد أقرَّ أن يدَهُ يدَ خصومة، فلا يسقطُ عنه الخصومة، كذا إذا ادَّعى المدَّعي الفعل على ذي اليد كما إذا قال: غصبته منِّي، أو سرقته منِّي لا يسقطُ عنه الخصومة، وكذا إذا قال: سَرَقَ منِّي[4]

[1]قوله: **لأنَّ يد**... الخ؛ توضيحُ الدَّليل: إنَّ المدَّعي أثبتَ أنَّ العينَ وصلت إليه من يدِ الغائب، وأنَّ يدَه ليست يدَ خصومة، فصار كما لو أقرَّ المدَّعي بذلكِ أو أثبتَ ذو اليد إقرارَه به، وأيضاً مقتضى البيِّنة شيئان:

أحدهما: ثبوتُ الملكِ للغائب، ولا خصمَ فيه، فلا يثبت.

والثاني: دفعُ خصومةِ المدَّعي، وهو خصمٌ فيه فيثبت؛ لأنَّ مقصودَ ذي اليدِ إثباتُ أنَّ يدَه يدُ حفظ، والمدَّعي خصمٌ له فيه، فتقبلُ بيِّنته ويثبتُ يدُ الحفظ، وصار كالوكيلِ بنقلِ المرأةِ إذا أقامتِ البيِّنةَ على الطلاق.

[2]قوله: **وإن قال**... الخ؛ يعني إنَّ المدَّعي إذا ادَّعى على ذي اليدِ شيئاً، فقال ذو اليد: اشتريتُهُ من الغائب لا تندفعُ الخصومة، وكذا إذا قال المدَّعي: غصبتَه منِّي أو سرقتَه منِّي، أو سُرِقَ منِّي، لا تندفع الخصومة، وإن أقامَ ذو اليدِ البيِّنةَ على الوديعة.

[3]قوله: **لأنَّ ذا اليد**... الخ؛ تفصيلُه: إنَّ ذا اليدِ إذا قال: اشتريته من الغائبِ فقد اعترفَ بأنَّ يدَه يدَ ملكٍ فيكون معترفاً بأنَّه خصم، فلا تندفعُ الخصومة، وإذا قال المدَّعي لذي اليد: غصبتَه منِّي صار ذو اليدِ خصماً، باعتبارِ دعوى الفعل عليه، وهو الغصب لا بيده.

ألا ترى أنَّ دعوى الغصبِ كما تصحُّ على ذي اليدِ تصحُّ على غيرِ ذي اليد، حتى أنَّ مَن ادَّعى على آخر أنَّه غصبَ عبدَه مثلاً، وليس في يدِهِ عبدٌ صحَّت دعواه، ويلزمُهُ القيمة، بخلافِ دعوى الملك المطلق، فإنَّ ذا اليدِ خصمٌ فيه باعتبار يدِه، حتى لا تصحّ دعواه على غيرِ ذي اليد، وتصحُّ عليه دعوى الفعل.

[4]قوله: **سرق منّي**؛ إنَّما جَهَّلَهُ بالبناءِ للمفعول؛ لأجلِ السترِ عليه، كيلا

كما لو قال الشُّهودُ: أودعَهُ مَن لا نعرفه بخلافِ قولهم نعرفُهُ بوجهِهِ لا باسمِهِ ونسبه

وقال ذو اليد: أودعنيه فلانٌ لا يسقط عنه الخصومةُ عند أبي حنيفةَ[1] رضي الله عنه وأبي يوسفَ رضي الله عنه، وعند محمَّد رضي الله عنه يسقطُ[2].

(**كما لو قال الشُّهودُ: أودعَهُ مَن لا نعرفه**)، فإنَّه لا تندفعُ الخصومةُ[3]؛ لاحتمال أن يكونَ المدَّعي هو الذي أودعَه عنده، (**بخلافِ قولهم نعرفُهُ بوجهِهِ لا باسمِهِ ونسبِه**)

يقطع، فكأنّه قال له: سرقتَه منِّي.

[1]قوله: **عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ** رضي الله عنه؛ لهما: إن ذكرَ الفعل وهو السرقة يستدعي الفاعل، وهو السارق لا محالة، ومن الظَّاهرِ أنَّ السارقَ هو الذي في يدِه إلاَّ أنَّ المدَّعي لم يعيِّنْهُ دفعاً للحدِّ وشفقة عليه، وتحصيلاً لثوابِ الستر، فإنّا إذا جعلناهُ سارقاً لا تندفعُ الخصومة، والقاضي يقضي بالعين للمدَّعي.

فمتى ظهرَ سرقةٌ بعد ذلك بيقينٍ لا يقطعُ يده؛ لأنّه ظهرتْ سرقتُهُ بعد وصول المسروقِ إلى المالك، ولو لم نجعلْهُ سارقاً تندفعُ الخصومةُ عنه، ولا يقضي بالعين للمدَّعي، فمتى ظهرَ سرقتُه بعد ذلك بيقينْ تقطعُ يدُه؛ لأنّه ظهرتْ سرقتُه قبل وصولِ العين إلى المالك، فكان في جعلِهِ سارقاً احتيالاً لدفعِ الحدّ، ولم يتعلَّقْ به عقوبةٌ سوى الضمان.

[2]قوله: **وعند محمَّد** رضي الله عنه **يسقط**؛ لأنَّ المدَّعي لم يدَّعِ الفعلَ على ذي اليد، بل هذا دعوى الفعل على المجهول، وهي باطلة، فأُلْحِقَتْ بالعدم، كما إذا قال: غُصِبَ منِّي، على البناء للمفعول.

والجواب من جانب الشيخين: أنَّ هذا القياسَ مع الفارق، فإنَّ الغصبَ لا حدَّ فيه، فلا يكون معذوراً في التجهيل فلا يحترزُ عن كشفه.

[3]قوله: **فإنّه لا تندفعُ الخصومة**؛ عن ذي اليد بالاتّفاق؛ لأنَّ الشهود لّما أحالوا المدَّعي على رجلٍ معروفٍ تمكَّن مخاصمتُه، ولعلَّ المدَّعي هو ذلك الرجل، فلو اندفعتِ الخصومةُ لبطلَ حقّه.

ولو قال: ابتعته من زيدٍ، وقال ذو اليد: أودعنيه هو، سقطت بلا حجّةٍ إلا إذا بَرْهَنَ المدَّعي أن زيداً وكَّلَهُ بقبضه

تسقط الخصومةُ عند أبي حنيفةَ ﷺ، فإنَّ الشُّهودَ عالمونَ[1] بأنَّ المودعَ ليس هو الذي يدَّعي، وعند محمَّد ﷺ: لا يسقطُ الخصومة حيث لم يذكروا شخصاً معيَّناً أودعه عنده.

(ولو قال: ابتعته من زيدٍ): أي قال المدَّعي: اشتريتُهُ من زيد، (وقال ذو اليد: أودعنيه هو، سقطت بلا حجَّةٍ إلا إذا بَرْهَنَ المدَّعي أن زيداً وكَّلَهُ بقبضه)، فإن المدَّعي[2] إذا قال: إنَّه اشتراهُ من زيد، فقد أقرَّ أنَّه وَصَلَ إلى ذي اليد من جهتِه، فلا يكون يدُهُ خصومة، إلاّ إذا أثبت الوكالةَ بقبضِه.

هذه المسائلُ تسمَّى مخمسةُ كتاب الدَّعوى؛ لأنَّها خمسُ صور، فهي: الإيداع، والإعارة، والإجارة، والرَّهن، والغصب، وأيضاً فيها خمسةُ أقوال:

١. فعند ابن شُبْرُمة[3]:

[1]قوله: فإنَّ الشهودَ عالمونَ بأنَّ المودعَ ليس هو الذي يدَّعي؛ فإنَّهم يعرفونَ المودعَ بوجهه فثبت بالبيِّنةِ أن ذا اليدِ أخذَ العينَ من غير المدَّعي وأنَّ يدَه يد حفظ.

[2]قوله: فإنَّ المدَّعي... الخ؛ حاصلُهُ: إنَّ المدَّعي ادَّعى الملكَ بسببٍ من جهةِ الغائب، فدفعَهُ ذو اليدِ بأنَّ يدَه من الغائب، فقد اتَّفقا على أصلِ الملكِ فيه للغائب، فيكون وصولُها إلى يدِ ذي اليد من جهة، فلم تكنْ يدهُ يدُ خصومةٍ إلا أن يقيمَ المدَّعي البيِّنةَ أنَّ فلاناً وكَّله ليقبضَه؛ لأنَّه أثبتَ ببيِّنةٍ كونه أحقُّ بإمساكها، ولو صدَّقه ذو اليد في شرائهِ منه لا يأمرُه القاضي بالتسليمِ فيه، حتى لا يكونَ قضاءً على غائبٍ بإقراره، وهي عجيبة، ذكره الزَّيْلَعِيُّ[1]، وغيره.

[3]قوله: ابن شُبْرُمة ﷺ؛ وشُبْرُمةُ بضمِّ الشين المعجمة والراء المهملة، وبينهما باء موحدة ساكنة: كريه ماوْا والخير كه ازرسن ورشتر براكنده شود. كذا في «منتهى الأرب».

والمرادُ به: عبدُ الله بن شُبْرُمة الكوفيّ، فقيهُ أهلِ الكوفةِ وقاضيهم، وهو من التابعين، روى عن أنسِ بن مالك ﷺ، ولدَ سنة اثنين وسبعين من الهجرة، وتوفِّي سنةَ

(١) في «تبيين الحقائق»(٤: ٣١٥).

لا تندفعُ الخصومة[١].

٢. وعند ابنِ أبي ليلى[٢]: يندفع بلا بيِّنة[٣]

أربعٍ وأربعين ومئةٍ بالكوفة، وكان عفيفاً عارفاً، عاقلاً شاعراً، جواداً. ذكرَ أحواله وأوصافه البحرُ اليافعيُّ في تاريخِهِ المسمَّى بـ«مرآة الجنان»(١)، إن شئتَ فارجعْ إليه.

[١]قوله: لا تندفع الخصومة؛ وإن أقام البيّنة؛ لأنّه بظاهر يدِهِ صارَ خصماً، ولا يخرجُ عنه بإقامةِ البيّنة؛ لأنَّ الملكَ لا يثبتُ بها للغائب؛ لعدمِ الخصم عنه، ولا ولايةَ لأحدٍ في إدخالِ الشيء في ملكِ غيرِهِ بغير رضاه، وخروجُهُ من أن يكون خصماً في ضمنِ ثبوتِ الملكِ لغيره، فلا يثبتُ المتضمِّن بدون أصله.

كما أنَّ الوصيةَ الثابتةَ في ضمنِ البيعِ بالمحاباةِ تبطلُ ببطلانِ البيع، فصارَ نظير ما لو ادَّعاها بعد هلاكها، أو ادّعى عليه الفعل كالغصب ونحوه.

[٢]قوله: ابن أبي ليلى ﷺ؛ هو محمَّد بن عبد الرحمن بن يسار أبى ليلى الأنصاريّ، ولدَ سنةَ أربعٍ وسبعين من الهجرة، وتوفِّيَ سنة ثمانٍ وأربعينَ ومئة بالكوفة، وهو قاضٍ فيها، أخذ عن الشَّعْبِيِّ ومعاصريه.

وأخذَ عنه أبو نعيم ووكيع وغيره من الكبارِ المحقّقين، وكان فقيه الناس، معروفاً بالصِّدق، مشهوراً بحسن الحديث، وإن شئت تفصيل أحواله فارجعْ إلى «وفيات الأعيان»(٢) لأبي العبّاس أحمد بن خَلِّكان.

[٣]قوله: يندفع بلا بيِّنة؛ أي تندفعُ الخصومةُ بإقرارِه للغائب، ولا حاجةَ إلى إقامةِ البيِّنة؛ لأنَّ كلامَه إقرارٌ منه بالملكِ للغائب، والإقرارُ موجبٌ للحقّ بنفسه؛ لخلوِّه عن التهمة، فالتحقَ بالبيّنة، فيثبت ما أقرّ به بمجرَّد الإقرار، ألا ترى أنَّ مَن أقرَّ بعينٍ لغائبٍ ثمَّ أقرَّ بها لحاضرٍ فرجع الغائب وصدَّقه، يؤمرُ بالتسليمِ إليه.

وكذا الصحيحُ لو أقرَّ لغيره بشيء فمرضَ فصدَّقه المقرُّ له في مرضه، كان إقرارُهُ إقراراً لصحيح، وكذا لو أقرَّ بشيء لشخصٍ ثمَّ غاب، يقضي عليه به، ويؤخذ من ماله، ولو لم يكن إقرارُهُ موجباً بنفسه لما كان كذلك؛ ولأنّه لا يخلو: إمّا أن يكون

(١) «مرآة الجنان»(١: ٢٩٧).

(٢) «وفيات الأعيان»(٤: ١٧٩ - ١٨١).

٣. وعند أبي يوسف[1] ﷺ: إن كان ذو اليد رجلاً صالحاً تندفع الخصومة لا إن كان معروفاً بالحيل؛ لإمكان أن يدفعَ ما في يده إلى مَن يغيبُ عن البلد، ويقولُ له: أودعْهُ عندي بحضرة الشهود كيلا يمكنَ لأحدِ الدَّعوى عليَّ.

٤. وعند محمَّد[2] ﷺ: لا يندفعُ إذا قالوا: نعرفُهُ بوجهه لا باسمِهِ ونسبِه.

٥. وعند أبي حنيفةَ ﷺ تندفعُ الخصومةُ بالبيِّنة كما ذكَرْنا.

صادقاً أو كاذباً، فإن كان صادقاً فلا خصومةَ بينهما، وإن كان كاذباً فإقراره على نفسه صحيح، فيثبتُ به أنَّ يدَه يد حفظٍ لا يد خصومة.

[1]قوله: وعند أبي يوسف ﷺ؛ حاصلُهُ: إنَّ أبا يوسفَ ﷺ قال: إنَّ ذا اليدِ إن كان صالحاً فتندفعُ الخصومة كما قال الإمام، وإن كان معروفاً بالحيلِ لم تندفع عنه؛ لأنّه قد يأخذُ مال الغيرِ غصباً ثم يدفعُ سرّاً إلى مَن يريدُ أن يغيب، ويقول له: أودعه عندي بحضرةِ الشهودِ مقيّداً؛ لإبطال حقِّ الغير، فلا تقبلُ بيِّنته لهذه التهمة.

فيجبُ على القاضي أن ينظرَ في أحوالِ النَّاسِ ويعملَ بمقتضى حالهم، رجعَ أبو يوسفَ ﷺ إلى هذا القول بعدما وليَ القضاء، وابتليَ بأمورِ الناس، قال في «الملتقى»[(1)]، وبه يؤخذ. انتهى. واختاره في «المختار»، وغيره.

[2]قوله: وعند محمَّد ﷺ...الخ؛ حاصله: إنَّ الخصومةَ لا تندفعُ عند محمَّد ﷺ سواءً كان معروفاً بالحيلِ أو لا، وإنّما تندفعُ إذا عرفَ الشهود ذلك الرجل باسمه ونسبه؛ لأنَّ الخصومةَ توجَّهت على ذي اليد بظاهر يده.

ولا تندفعُ إلاَّ بالحوالةِ على رجلٍ يمكنُ اتّباعه، والمعروفُ بالوجهِ لا يكون معروفاً، فصار هذا بمنْزلةِ قولِ الشهود: لا نعرفه أصلاً، وقال في «الفتاوى البَزَّازيّة»: وتعويلُ الأئمَّةِ على قولِ محمّد ﷺ. انتهى.

(١) «ملتقى الأبحر»(ص١٤٤).

باب دعوى الرجلين

حجَّةُ الخارجِ في الملكِ المطلقِ أحقُّ من حجَّة ذي اليد، وإن وقَّتَ أحدُهما فقط

باب دعوى الرجلين[1]

(حجَّةُ الخارجِ[2] في الملكِ المطلقِ أحقُّ من حجَّة ذي اليد، وإن وقَّتَ أحدُهما فقط[3])، اعلم أن حجَّةَ الخارجِ عندنا أحقُّ[4] من حجَّة ذي اليد، وعند الشَّافِعِيِّ ﷺ حجَّةُ ذي اليدِ أحقّ[5]، ثُمَّ إن وقَّت أحدُهما فقط، فعند أبي حنيفةَ ومحمَّد ﷺ الخارجُ أحقّ[6]

[1]قوله: باب دعوى الرجلين؛ لَمّا فرغَ المصنِّف ﷺ عن بيانِ دعوى الواحد شرعَ في بيانِ حكمِ ما زادَ عليه؛ لأنَّ الواحدَ يكون قبل ما زادَ عليه، وإنَّما اختارَ الرَّجلين؛ لأنَّ الاثنينَ أقلّ ما زادَ على الواحد.

[2]قوله: حجَّة الخارج...الخ؛ يعني أنَّ الخارجَ عن التصرُّفِ إذا ادّعى ملكاً مطلقاً بأن قال في دعواه: إنَّ هذا ملكي، ولم يبيّن سبب ملكه كالشراءِ والهبةِ والإرث، وأقامَ بيِّنةً على ذلك، وذو اليدِ أيضاً أقامَ بيِّنةً على الملك، فبيِّنة الخارجِ أحقُّ من بيّنة ذي اليد، ويقضى به للخارج، وبه قال أحمد ﷺ.

والمرادُ بالخارجِ مَن لم يكن ذا يد؛ لأنّه خارجٌ عن يده، فأسندَ إلى المدَّعي تجوزاً وقيّد بالمطلقِ لاستوائها في المقيَّد بالسبب.

[3]قوله: وإن وقَّتَ أحدُهما فقط؛ أي سواءً لم يوقِّتا أو وقَّتا وقتاً مستوياً، أو وقَّت أحدُهما فقط، أمّا لو وقَّتا وأحدُهما أسبق فيقدَّم. ذكرَه العلاّمةُ الطحطاوي[1] نقلاً عن الحَلَبِيّ، وقال البِرْجَنْدِيُّ: والأظهرُ أن يقال: وإن وقَّتَ ذو اليد. انتهى. فتدبَّر فيه. [4]قوله: عندنا أحقُّ من حجَّة ذي اليد؛ لأنَّ الخارجَ هو المدّعي، والبيّنةُ بيِّنةُ المدَّعي بالحديث.

[5]قوله: حجَّةُ ذي اليدِ أحق؛ لاعتضادها باليد، والجوابُ: إنَّ البيِّنةَ شرعت للإثبات، وبيّنةُ الخارجِ أكثرُ إثباتاً؛ لأنّه لا ملك له على المدَّعى بوجه، وذو اليد له ملكٌ عليه باليد، فكان بيِّنتُه أقلّ إثباتاً من بيِّنةِ الخارج، فترجَّحتْ بيِّنةُ الخارجِ بكثرةِ ثبوتِها.

[6]قوله: الخارج أحقّ؛ أي حجَّةُ الخارجِ أولى من حجَّةِ ذي اليد؛ لأنّ بيّنةَ ذي

---

(1) في «حاشيته على الدر»(٣: ٣١٠).

....

وعند أبي يوسفَ ﷺ صاحبُ الوقتِ أحقّ[١].

اليدِ إنّما تقبلُ لتضمُّنِها معنى دفعِ الخصومة، ولا دفع هاهنا؛ لأنّه إنّما يكون إذا تعيَّنَ الثاني من جهة، وهاهنا وقعَ الشكُّ في ذلك؛ لاحتمالِ أنّ الأخرى لو وُقِتَت كانت أقدمُ تاريخاً. كذا في «كمال الدراية»(١).

[١]قوله: صاحب الوقت أحقّ؛ أي حجّةُ ذي اليد من المؤقّتةِ أولى من حجّة الخارجِ التي لم تُوقّت، لا مَن وَقّتَ أولى ممّن لم يُوقّت، كما في دعوى الشراء إذا أُرِّخت إحدى البيِّنتين ولم تُؤرَّخ الأخرى.

وثمرةُ الخلافِ تظهرُ فيما إذا قال في دعواه: هذا العبد لي، غاب عنّي منذ شهر، وقال ذو اليد: لي منذ سنة، قضى للمدّعي، ولا يلتفتُ إلى بيِّنة المدّعى عليه؛ لأنّ ممّا ذكرَ المدَّعي تاريخُ غيبةِ العبدِ عن يدِهِ لا تاريخَ ملكه، فكان دعواه في الملكِ مطلقاً خالياً عن التاريخ، وصاحبُ اليدِ ذكرَ التاريخ.

لكنّ التاريخ حالة الانفراد لا يعتبرُ عند أبي حنيفة ﷺ، فكان دعوى صاحبِ اليدِ دعوى مطلق الملك، كدعوى الخارج فيقضى ببيِّنةِ الخارج، وقال أبو يوسف ﷺ: يقضي للمؤرّخِ حالةَ الانفراد.

وذكرَ الرمليُّ نقلاً عن «جامعِ الفصولين»(٢): استُحِقّ حمار، فطلبَ ثمنه من بائعه، فقال البائع للمستحقّ: من كم مدَّة غاب عنك هذا الحمار، فقال: منذ سنة، فبرهنَ البائعُ أنّه ملكَه منذ عشر سنين، قضى به للمستحقّ؛ لأنّه أرّخ غيبته لا الملك، والبائعُ أرَّخ الملك، ودعواه دعوى المشتري لتلقِّيه من جهته.

فصار كأنّ المشتري ادّعى ملكَ بائعه بتاريخِ عشر سنين، غير أنّ التاريخَ لا يعتبر حالةَ الانفرادِ عند أبي حنيفة ﷺ، فيبقى دعوى الملك المطلق، فحكمَ للمستحقّ، أقول: يقضي بها للمؤرّخ عند أبي يوسفَ ﷺ؛ لأنّه يُرجِّح المؤرّخَ حالةَ الانفراد. انتهى ملخّصاً.

---

(١) «كمال الدراية»(ق٥٩٩).

(٢) «الفتاوى الخيرية»(١ : ١٠٦، ٢١٤).

ولو بَرْهَنَ خارجان على شيءٍ قُضِي به لهما

(ولو بَرْهَنَ خارجان[1] على شيءٍ قُضِي به لهما)، هذا عندنا، وعند الشَّافِعِيّ[2] ﷺ

وذكرَ في «المنح»(١) نقلاً عن «جامع الفتاوى»: وينبغي أن يفتى بقول أبي يوسفَ ﷺ؛ لأنّه أرفق وأظهر. كذا في «جامع الفصولين». انتهى(٢).

[1]قوله: ولو برهن خارجان...الخ؛ يعني أنَّ الاثنين لو ادَّعيا عيناً في يدِ آخر، وكلٌّ منهما يزعمُ أنَّ تلك العين له، وأقاما البيِّنةَ على الملك المطلق، يقضى بينهما، وهذا إذا لم يؤرِّخا أو أرَّخا على السواء، وإن أرَّخا وتاريخُ أحدِهما أسبق يقضى له عند أبي حنيفةَ ﷺ، وهو روايةٌ عن أبي يوسفَ ومحمَّد ﷺ، وعلى قول أبي يوسفَ ﷺ أوّلاً، وهو قولُ محمَّد ﷺ آخراً يقضي بينهما، ولا عبرة بالتاريخ. هكذا ذكر بعضُ المشايخ.

وبعضُهم قالوا: إنّه يقضى لأسبقهما تاريخاً بلا خلاف، وإن أرَّخَ أحدُهما ولم يؤرِّخ الآخر، فعند أبي حنيفةَ ﷺ يقضي بينهما، وعند أبي يوسف ﷺ يقضى للمؤرِّخ، وعند محمَّد ﷺ يقضى لغيرِ المؤرِّخ. كذا في «الفصول العمادية».

وإنما قال: لو بَرْهَنَ خارجان؛ لأنَّ الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد، وأقاما بيّنة فبيّنةُ الخارج أولى. صرّح به في «الكفاية»(٣)، وغيرها، وإنّما أراد هاهنا بالشيء: العين؛ لأنّهما لو تنازعا في نكاحِ امرأة وأقام كلُّ واحدٍ منهما بيّنة أنّها امرأته لم يقضِ لواحدٍ منهما بالاتّفاق، بل تساقطت البيّنتان، كما سيصرّح به المصنّف ﷺ.

[2]قوله: وعند الشافعي ﷺ...الخ؛ قال الشافعي ﷺ في القديم، ومالك في رواية، وأحمد في رواية: تساقطت البيِّنتان؛ لأنّهما تعارضتا، ولا ترجيح لأحدِهما فصارت كالدَّليلين إذا تعارضا من غير ترجيح، وعن الشافعيّ ﷺ يقرعُ بينهما؛ لما روى الطَّبَرَانيُّ في «معجمه الأوسط» من حديث سعيد بن المسيّب عن أبي هريرةَ ﷺ: «إن رجلين اختصما إلى رسولِ الله ﷺ فجاءَ كلُّ واحدٍ منهما بشهود عدولٍ في عدَّةٍ واحدة

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٧٠/ب).

(٢) ينظر: «رد المحتار»(٥: ٥٧١).

(٣) «الكفاية»(٧: ٢٢٨).

....

....

فساهم بينهما رسول الله ﷺ وقال: «اللَّهُمَّ اقضِ بينهما»[١].

ورواه عبد الرزّاقِ أيضا مرسلاً، ورواه أبو داود في «مراسيله»، قال في «نصب الراية»[٢]: ومن جهته ذكره عبد الحقّ في «أحكامه»، وقال: هذا مرسلٌ وضعيف، قال إنّ إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي متروك. انتهى.

ولنا: ما روى ابنُ أبي شيبةَ في «مصنَّفه»: عن أبي الأحوص، عن سماك، عن تميم بن طرفة: «إنّ رجلين ادّعيا بعيراً، فأقامّ كلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ أنّه له، فقضى النَّبيُّ ﷺ به بينهما»[٣].

وما أخرجَه أبو داود في «سننه»، وأحمد في «مسنده»، والحاكم في «مستدركه»، وقال: صحيح على شرط الشيخين، وقال المنذريّ: رجالُ إسناده كلُّهم ثقات، ولفظُهم: عن همام، عن قتادة، عن سعيد بن أبي بردة، عن أبيه، عن جدّه أبي موسى الأشعريّ ﷺ: «إنّ رجلين ادَّعيا بعيراً على عهد النبيّ ﷺ، فبعث كلُّ واحدٍ منهما شاهدين، فقسَّمه النبيُّ ﷺ بينهما نصفين»[٤].

وما رواه إسحاق بن راهويه في «مسنده»: عن وكيع، عن سفيان، عن علقمة، عن مرثد، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: جاء رجلان يختصمان إلى أبي الدرداء في فرسٍ، أقام كلّ واحدِ البيِّنةَ أنّها نتجت عنده، فقضى به بينهما نصفين، ثم قال: ما أحوجكما إلى مثلِ سلسلة بني إسرائيل، كانت تَنْزِل فتأخذ عنقَ الظالم انتهى.

واستعمال القرعة في وقتٍ كان القمار مباحاً، ثم انتسخ ذلك بحرمةِ القمار؛ لأنَّ تعيينَ المستحقِّ بمنْزلةِ الاستحقاقِ ابتداء، فكما أنَّ تعليقَ الاستحقاقِ بخروج القرعةِ يكون قماراً، فكذلك تعيينُ المستحقِّ بخروج القُرعةِ يكون قماراً أيضاً.

بخلاف قسمة المال المشترك، فللقاضي هناك ولايةُ التعيينِ من غير قرعة، وإنّما يقرعُ تطييباً لقلوبهما، ونفياً لتهمةِ الميل عن نفسي، فلا يكون ذلك في معنى القمار،

---

(١) في «المعجم الأوسط»(٤: ٢٠٤)، وغيره.

(٢) «نصب الراية»(٥: ١٧٣).

(٣) في «مصنف ابن أبي شيبة»(٤: ٣٧١)،

(٤) في «سنن أبي داود»(٣: ٣٠٣)، و«المستدرك»(٤: ١٠٦)، وغيرها.

فإن بَرْهَنا في نكاحٍ سقط

تهاترت[١] البيِّنتان.

(فإن بَرْهَنا[٢] في نكاحٍ سقط)؛ لامتناعِ الجمعِ بينهما بخلاف الملك، فإن الشَّركةَ فيه ممكن

وأيضاً: إنّ هذين الخارجين استويا في سبب الاستحقاق، وهو قابلٌ للاشتراك، فيستويا في الاستحقاقِ كالغريمين في التركة.

[١]قوله: **تهاترت**؛ الهِتر بالكسر، السقطُ من الكلام والخطأ منه، ومنه قيل: تَهَاتَرَ الرَّجلان إذا ادّعى كلٌّ واحدٍ على الآخر باطلاً، ثم قيل: تَهَاتَرَت البيِّنات إذا تساقطت وبطلت. كذا في «المصباح»(١).

[٢]قوله: **فإن برهنا...الخ**؛ يعني إذا ادَّعى كلٌّ واحدٍ منهما نكاحَ امرأةٍ وأقاما بيِّنة سقطَ برهانهما، ولم يقضِ بواحدةٍ من البيِّنتين؛ لتعذُّرِ القضاءِ بهما؛ لأنَّ المحلَّ لا يقبلُ الاشتراك، وإذا تساقطت البيِّناتِ فرَّق القاضي بينهما حيث لا مرجِّح. كما في «القُنْية»، وإذا تهاترا وكان قبل الدُّخولِ فلا شيءَ على كلِّ واحدٍ منهما. كذا في «البحر»(٢) نقلاً عن «منية المفتي».

وهذا مقيَّدٌ بما إذا كان المدَّعيان حيَّين والمرأة، أمّا لو برهنا عليه بعد موتِها ولم يؤرِّخا واستوى تاريخُهما، فإنّه يقضي بالنكاح بينهما، وعلى كلِّ واحدٍ منهما نصفُ المهر، ويرثان ميراث زوج واحد، فإن جاءت بولدٍ يثبت النسب منهما، ويرثُ من كلِّ واحدٍ منهما ميراث ابنِ كامل، وهما يرثان من الابنِ ميراثَ أبٍ واحد. كذا في «المنح»(٣) نقلاً عن «الخلاصة».

وقيد ببرهانهما معاً؛ لأنّه لو برهنَ يدّعي نكاحَها وقضى له به، ثمّ برهنَ الآخرُ على نكاحِها لا يقبلُ كما في الشراءِ إذا ادَّعاه من فلان، وبرهنَ عليه، وحكم له به، ثمَّ ادَّعى على آخر شراءه من فلانٍ أيضاً لا يقبل، ويجعلُ الشراء المحكوم به سابقاً.

---

(١) «المصباح المنير»(ص٦٣٣).

(٢) «البحر الرائق»(٧: ٢٣٥).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ١٧٠/ب).

وهي لمن صدّقتْهُ وإن أرّخا فالسَّابقُ أحقّ، فإن أقرّت لَمن لا حجَّةَ له فهي له، فإن بَرْهَنَ الآخرُ قُضِي له، ولو بَرْهَنَ أحدُهما وقُضِي له، ثُمَّ بَرْهَنَ الآخرُ لم يقضَ له

(وهي[1] لمن صدّقتْهُ وإن أرّخا فالسَّابقُ أحقّ[2]، فإن أقرّت لَمن لا حجَّةَ له فهي له، فإن بَرْهَنَ الآخرُ قُضِي له، ولو بَرْهَنَ أحدُهما وقُضِي له، ثُمَّ بَرْهَنَ الآخرُ لم يقضَ له

[1]قوله: **وهي**؛ أي المرأةُ لَمن صدَّقته؛ لأنَّ النكاح ممّا يحكمُ به بتصادق الزوجين، وهذا إذا لم تكن المرأةُ المتنازعُ فيها في يدِ مَن كذَّبته، ولم يكن دخلَ بها مَن كذَّبته، وأمّا إذا كان في يد الآخر، أو دخلَ بها فلا اعتبارَ بالتصديق؛ لأنّه دليلٌ على سبقِ عقده. كذا في «المنح»(1).

وإن أرّخا: أي المدَّعيان لنكاحها، فالسابقُ أحقٌّ بها من الآخر؛ لأنّه لا معارضَ في هذا الزمان، فيكون القضاءُ للسابقِ إذ عقد اللاّحقِ وبرهانُه باطل، ولا يعتبرُ ما ذكرَ من كونها في يدِه أو دخلَ بها، ولو أرَّخَ أحدُهما فقط، فإنّها لَمن أقرّت له، كما لو أرَّخَ أحدُهما، وللآخر يد، فإنّها لذي اليد. كما في «البَزَّازيّة».

فإن أقرَّت المرأةُ بالزوجيَّةِ لَمن لا حجّة فهي؛ أي المرأة له لتصادقهما على النكاح، وهو يثبتُ بتصادقِ الزوجين عليه.

فإن برهنَ الآخر؛ أي الذي لم تقرَّ له، قضى له؛ أي الذي برهن؛ لأنَّ البيِّنةَ أقوى من الإقرار، فإنَّ البيِّنةَ حجَّةٌ متعدِّية، والإقرارُ حجَّةٌ قاصرة.

ولو برهنَ أحدُهما على النكاح وقضى له؛ أي وقضى القاضي له ببرهانه بنكاحها.

ثم برهنَ الآخرُ؛ على أنّه نكحَها لم يقضِ له؛ لأنَّ القضاءَ الأوّلَ قد صحَّ فلا ينقضُ بما هو مثلُه، بل هو دونه؛ لاتّصال القضاء بالأوّل والثاني.

إلاّ إذا ثبت سبقه؛ أي سبقَ نكاحه إيَّاها على نكاحِ الأوّل، فحينئذٍ يقضى له؛ لتيقُّنِ الخطأِ في الأوّل.

[2]قوله: **فالسابق أحقّ**؛ كما إذا دخلَ أحدُهما بها، أو كانت في يده، وفيه

(1) «منح الغفار»(ق٢: ١٧٠/ب - ١٧١/أ).

إلا إذا ثَبَتَ سبقُه، كما لم يقضْ بحجَّةِ الخارجِ على ذي يدِ ظَهَرَ نكاحُهُ إلاَّ إذا أثبتَ سبقَه، فإن بَرْهَنا على شراءِ شيءٍ من ذي يد، فلكلٍّ نصفُهُ بنصفِ الثَّمنِ، أو تَرْكُه

إلا إذا ثَبَتَ سبقُه[1]، كما لم يقضْ بحجَّةِ الخارجِ على ذي يدِ ظَهَرَ نكاحُهُ إلاَّ إذا أثبتَ سبقَه): أي إذا كانت امرأةٌ في يدِ رجلٍ ونكاحُهُ ظاهر، وادَّعى الخارجُ أنَّها زوجتُه، وأقامَ البيِّنةَ لم يقضَ له إلاَّ إذا أثبتَ أنَّ نكاحَهُ سابق.

(**فإن بَرْهَنا[2] على شراءِ شيءٍ من ذي يد، فلكلٍّ نصفُهُ بنصفِ الثَّمنِ، أو تَرْكُه)**: أي لكلِّ واحدٍ منهما الخيار إن شاء أخذَ نصفَ ذلك الشَّيء بنصفِ الثَّمن، وإن شاءَ تَرَكَ

إشعارٌ بأنّ مجرَّدَ دعوى السبق يكفي كما قال بعضُ المشايخ، وذهبَ آخرون إلى أنّه لا بُدَّ من [بيان] نحو إن الأوّل في رجب، والثاني في شعبان، وتمامه في «الفصول العمادية»، وذكر القُهُسْتَانِيّ(١) نقلاً عن «الخزانة»: لو وقّت أحدُهما شهراً والآخر ساعة، فالساعة أولى. انتهى.

[١]قوله: **إلا إذا ثبتَ سبقه**؛ أي سبقَ نكاحه على نكاحِ ذي اليد بالبيّنة، فإنّه يقضي له؛ لأنَّ التصريحَ فوق الدلالة، فلا تعتبر معه.

[٢]قوله: **فإن برهنا**؛ أي الخارجان. على شراءِ شيء؛ أي تمامِ [شراء] شيء. من ذي يد؛ ولم يؤرِّخا أو أرَّخا على السواء. فلكلٍّ نصفه؛ أي لكلِّ واحدٍ منهما نصفُ ذلك الشيءِ بنصف الثمن إن شاء ورجع به على البائع بنصفِ ثمنه.

أو تركه؛ أي ترك النصف إن شاء؛ لأنهما لَمَّا استويا في السببِ وجبَ على القاضي أن يقضيَ به بينهما؛ لتعذّر القضاءِ بكلِّه، فيتخيَّرُ كلٌّ منهما لتغيُّر شرطِ عقده عليه؛ فلعلَّ رغبتَهُ في تملُّك الكلّ، فيردُّه ويأخذُ كلَّ الثمن، فصار كفضوليَّيْن باع كلٌّ منهما من رجل، وأجازَ المالكُ البيعين، فإنَّ كلاً منهما يتخيَّر؛ لأنّه تغيَّرَ عليه شرطُ عقدِه، فلعلَّ رغبتَه في تملّك الكلّ.

وبه قال مالك ﷺ في رواية، والشافعي ﷺ في قول، وقال في قول آخر: يقرع، وبه قال أحمد ﷺ، وعن الشافعي ﷺ أيضاً: تسقط البيِّنات، ويرجع إلى البائع، فإن صدَّق أحدُهما سَلَّم ذلك الشيء له.

---

(١) في «جامع الرموز»(٢: ٢٧٢).

وبترك أحدِهما بعدما قَضَى لهما لم يأخذ الآخرُ كلَّه. وهو للسابق إن أرَّخا

(وبترك أحدِهما بعدما قَضَى[١] لهما لم يأخذ الآخرُ كلَّه[٢].

وهو للسابق إن أرَّخا[٣])

ولنا: أنّ كلَّ واحدٍ ما رضيَ بالعقد إلاّ ليُسَلَّمَ له كلّ المبيع، فإذا لم يُسَلَّم له اختلَّ رضاه بتفريقِ الصفقة عليه، فيتخيَّر كما قلنا.

فإن قيل: ينبغي أن تسقط البيّنتان عندنا أيضاً؛ لتيقّن القاضي بكذبِ أحدِ الفريقين؛ لعدمِ تصوُّر البيعين في شيء واحدٍ بكماله من كلّ واحدٍ من رجلين في وقت واحد.

أجيب: بأنّ كلَّ فريقٍ شهدَ بنفس البيع لا بصحَّته، ويتصوّر وقوعُ البيعين في وقتٍ واحد بأن وكّل المالك رجلين كلُّ واحد على الإنفراد، فباعا معاً، ذكره الشُّمُنِّيُّ(١)، وغيره.

[١]قوله: **بعد ما قضى**؛ قيَّدَ بقوله: ما بعد القضاء؛ لأنّه قبل القضاء لا يأخذُ كلّه؛ لإثبات أنّه اشتراءُ الكلّ بلا مزاحم للقضاء.

[٢]قوله: **لم يأخذ الآخر كلّه**؛ لأنّه صار في النصفِ مقضيّاً عليه، فانفسخَ البيعُ فيه، وإنّما قلنا ذلك؛ لأنّه ببيِّنته استحقَّ جميعَه، وكان يُسَلَّم له لولا بيِّنةُ صاحبه، ولمّا قضى القاضي بينهما صارَ مستحقّاً عليه، وانفسخَ البيع في النصف، فلا يكون له أن يأخذَه بعد الانفساخ.

بخلاف ما لو تركَ أحدُهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون للآخر أن يأخذَ جميعَه؛ لأنّه أثبت ببيّنةٍ أنّه اشترى الكلّ، وإنّما يرجعُ إلى النصفِ بالمزاحمةِ ضرورةَ القضاءِ به بينهما ولم يوجد.

فصارَ نظيرَ تسليمِ أحد الشفيعين فإنّه إن كان قبل القضاءِ فللآخر أن يأخذَ كلَّ المبيع، وإن كان بعده فليس له أن يأخذَ إلاّ النصف؛ لأنّه يستحقُّ بالسبب كلَّه، والانقسامُ للمزاحمةِ ضرورةُ القضاء به بينهما(٢).

[٣]قوله: **وهو للسابقِ إن أرَّخا**؛ لأنّهما لَمَّا ادَّعيا الشراءَ من ذي اليد اتَّفقا على

---

(١) في «كمال الدراية»(ق٦٠٠). وينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٢٧٣).

(٢) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣١٧).

....

أي ذَكَرا للشَّراءِ من ذي اليدِ تاريخاً[١]

أنّه مالك للمبيع، ثمّ أثبت أحدُهما الشراء منه في وقتٍ لا ينازعُه فيه أحد، فاندفعَ به الآخر.

بخلاف ما إذا ادّعى كلٌّ واحدٍ منهما الشراءَ من رجلٍ آخر غير الذي يدَّعي الشراء منه الآخر، حيث لا يرجَّح فيه صاحب التاريخِ الأسبق؛ لأنّ كلَّ واحدٍ منهما فيه خصمٌ عن بائعه في إثبات الملك له، وملك بائعهما لا تاريخ فيه، فصار كأنّ البائعين حضرا وأثبتا الملك لأنفسهما مطلقاً من غير تاريخ.

[١]قوله: تاريخاً؛ قيل: التاريخ قلب التأخير، وقيل: معرب ماه وروز، واصطلاحاً: تعريف وقت الشيء بأن يسندَ إلى وقتِ حدوثِ أمرٍ شائع؛ لظهورِ ملّةٍ أو دولةٍ أو غيرِه: كطوفان وزلزلة، لينسب إلى ذلك الوقتِ الزمانُ الآتي.

وقيل: هو يومٌ معلومٌ نسبَ إليه ذلك الزمان، وقيل: هو مدّةٌ معلومةٌ بين حدوثِ أمرٍ ظاهر، وبين أوقاتِ حوادثٍ أخر. ذكره القُهُسْتَانِيُّ[١] نقلاً عن «نهاية الادراك».

وقال في «المصباح»[٢]: أرّختُ الكتاب بالتثقيل في الأشْهَر، والتخفيفُ لغةٌ حكاها ابنُ القَطَّاع: إذا جعلتَ له تاريخاً، وهو بيانُ انتهاءِ وقتِه، وهو معرَّبٌ، وقيل: عربيٌّ، ويقال: وَرَّخْتُ على البدل، والتَّوريخُ قليل الاستعمال، وأرَّخْتُ البيِّنة: إذ جعلتُ لها وذكرتُ تاريخاً، وأطلقت؛ أي لم تذكره.

وسببُ وضعِ التَّاريخ أوّل الإسلام أنَّ عمرَ بن الخطاب ﷺ أتى بصكٍّ مكتوبٍ إلى شعبان، فقال: أهو شعبانُ الماضي أو شعبانُ القابل، ثمَّ أمرَ بوضعِ التاريخ، واتَّفقتِ الصحابةُ ﷺ على ابتداءِ التاريخِ من هجرةِ النبيِّ ﷺ إلى المدينة، وجعلوا أوَّل السنةُ المحرَّم، ويعتبرُ التاريخ بالليالي؛ لأنَّ اللّيلَ عند العرب سابقٌ على النهار؛ لأنّهم كانوا أميين لا يحسنونَ الكتابة، ولم يعرفوا حسابَ غيرهم من الأمم، فتمسّكوا بظهور الهلال، وإنّما يظهر باللّيلِ فجعلوه ابتداءَ التاريخ. انتهى.

---

(١) في «جامع الرموز»(٢: ٢٧٢).

(٢) «المصباح المنير»(ص١١ - ١٢).

ولذي يدٍ إن لم يؤرِّخا، أو أرَّخ أحدُهما، ولذي وقت إن وقَّتَ أحدُهما فقط ولا يدَ لهما

(ولذي يدٍ إن لم يؤرِّخا[١]، أو أرَّخ أحدُهما، ولذي وقت[٢] إن وقَّتَ أحدُهما فقط ولا يدَ لهما): أي إن أرَّخا فالسَّابقُ أحقُّ، وإن لم يؤرِّخا، أو أرَّخ أحدُهما، فإن كان في يدِ أحدِهما فذو اليدِ أولى، وإن لم يكنْ في يدِ أحدِهما، فإن وقَّتَ أحدُهما، فهو أحقّ، وإن لم يوقِّتْ أحدُهما فقد مرَّ أن لكلٍّ نصفَهُ بنصفِ الثَّمن، أو تركَه

[١]قوله: **ولذي يد إن لم يؤرِّخا أو أرَّخَ أحدُهما**؛ لأنّ تمكّنَه من قبضِهِ دليلٌ على سبقِ شرائه؛ لأنّهما استويا في الإثبات، فلا تنتقض اليدُ الثابتة بالشكّ، قال في «البحر»(١): وظاهر «الكتاب» كما صرَّح به في «المحيط» تقديم صاحب القبض سواءً أرَّخا واستوى تاريخهما، أو لم يؤرِّخا، أو أرَّخت إحداهما فقط، وإنّما يتأخَّر صاحبه إذا سبقَ تاريخ غيره؛ لأنَّ الصريحَ يفوقُ الدلالة.

ثم قال: ولي إشكالٌ في عبارة «الكتاب» وهو أنّ أصل المسألة مفروضةٌ في خارجين تنازعا في يدِ ثالث، فإذا كان مع أحدِهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج، فلم تكن المسألة.

ثمّ رأيتُ في «المعراج» ما يزيلُهُ من جواز أن يرادَ أنّه أثبتَ بالبيِّنَة قبضه فيما مضى من الزمان، وهو الآن في يد البائع. انتهى. إلا أنّه يشكلُ بما ذكرَه بعدَه عن «الذخيرة» من أنّ ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة. انتهى ما في «البحر».

وقال في «المنح»(٢) بعد نقل هذه العبارة: والحقُّ أنّها مسألةٌ أخرى، وكان ينبغي إفرادها، وحاصلُها: إن خارجاً وذا يد ادّعى كلٌّ الشراء من ثالث، وبَرْهَنا قُدِّمَ ذو اليدِ في الوجوهِ الثلاثة، والخارج في وجهٍ واحد. انتهى(٣).

[٢] قوله: **ولذي وقت...الخ**؛ لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده، فلا يقضي له بالشكّ. كذا في «الهداية»(٤).

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ٢٣٩).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٧١/أ).

(٣) من «البحر الرائق»(٧: ٢٣٩).

(٤) «الهداية»(٣: ١٦٩).

والشِّراءُ أحقُّ من هبةٍ وصدقةٍ مع قبضٍ

(والشِّراءُ[١] أحقُّ من هبةٍ وصدقةٍ مع قبض): أي قال أحدُهما: اشتريتُهُ من زيد، وقال الآخر: وهبَ لي زيدٌ وقبضتُه، أو تصدَّقَ عليَّ زيد، وقبضتُه، فبرهنا، فمدَّعي الشِّراءُ أحقُّ[٢].

[١] قوله: والشراء...الخ؛ أطلقَ في الشراء فعمَّ الفسادَ فيكون أولى منها لكونه معاوضة. كذا بحثه صاحب «البحر»(١) وردَّه المقدسيُّ بأن الأولى تقديم الهبة لكونها مشروعة والمراد بالهبة غير المعوضة إذ لوكانت بعوض كانت بيعاً. كما في «المحيط».

[٢]قوله: فمدّعي الشراء أحقّ؛ أي بأن يقضي له؛ لأنَّ الشراء أقوى من الهبة؛ لكونه معاوضةً من الجانبين؛ ولأنَّ الشراءَ يثبتُ الملك بنفسه، والملك في الهبةِ يتوقَّفُ على القبض، والمسألةُ فيما إذا لم يؤرِّخا، فلو أرَّخا واتّحد المُمَلِّكُ فالأحقُّ هو الأسبقُ تاريخاً منهما.

بخلاف ما إذا اختلف المُمَلِّكُ فإنَّهما سواءٌ في صورة التاريخ وعدمه؛ لأنَّ كلاًّ منهما خصمٌ عن مُمَلِّكِهِ في إثبات ملكِه، وهما فيه سواءٌ بخلاف ما إذا اتّحدّ؛ لاحتياجهما إلى إثبات السبب، وفيه تقدّم الأقوى.

وكذا الشراء مع الصدقةِ في جميع ما ذكرنا من الأحكام، ودعوى الهبة و الصدقة مع القبض فيهما مستويان؛ لاستوائهما في وجهِ التبرُّع ولا ترجيحَ للصدقة باللزوم؛ لأنَّ اللّزومَ يظهرُ في ثاني الحال، وهو عدمُ التمكُّنِ من الرجوع في المستقبل.

والترجيحُ يكون بمعنىً قائمٍ في الحال؛ ولأنّ الرجوع إنما امتنعَ لحصول المقصود بها، وهو الأجرُ لا لقوَّة في السبب، ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجعُ أيضاً، كما إذا كانت لذي الرحم المحرَّم، أو عوَّضَه الموهوبُ له عنها، والصدقةُ قد لا تكون لازمة بأن كانت لغنيٍّ كما صرَّحوا به.

وهذا فيما لا يحتملُ القسمة من غيرِ خلاف؛ لأنَّ الشيوعَ لا يضرُّه، واختلفوا فيما يحتمل القسمة، والأصحّ أنّه لا يصحّ؛ لأنّه تنفيذُ الهبةِ في الشائع، فصار كإقامته البيّنتين على الارتهان.

(١) «البحر الرائق»(٧: ٢٣٩).

والشِّراءُ والمهرُ سواء

(والشِّراءُ والمهرُ سواء[1]

وقيل: هذا قول أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما: يجوز بناءً على أنّ هبةَ الواحد من اثنين جائزٌ عندهما خلافاً له، وهذا لأنَّ الملكَ يستفادُ لقضاء القاضي، وقضاؤه كهبةِ الواحدِ من اثنين، وقيل: يجوزُ بالإجماع؛ لأنَّ الشيوعَ طارئٌ إذ كلٌّ واحدٍ منهما أثبتَ قبضَ الكلّ، ثمَّ حصلَ الشيوعُ بعد ذلك، وذلك لا يمنعُ صحَّة الهبةِ والصدقة، والأصحُّ أنّه لا يجوز بالإجماع. صرَّح به الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(١).

[١]قوله: والشراءُ والمهرُ سواء؛ يعني إذا ادّعى رجلٌ بشراء شيء من آخر، وادَّعت امرأةٌ أنّه تزوَّجَها عليه، فليس أحدُهما أحقُّ به من الآخر، ويقضي به بينهما، وهذا عند أبي يوسف ﷺ.

وقال محمّد ﷺ: الشراء أولى، وعلى الزوجِ قيمة ذلك الشيء؛ لأنَّ العمل بالبيّنتين ممكن فيصار إليه، إذ البيّنة من الحججِ الشرعيّة، والعملُ بها واجبٌ بقدرِ الإمكان.

وقد أمكنَ العملُ بهما هاهنا بتقديمِ الشراء؛ لأنَّ التزوُّجَ على عينٍ مملوكةٍ للغير جائز، وتجب قيمتُه عند تعذُّر تسليمها، بخلاف العكس؛ فإنّ تقدُّمَ النكاحِ مبطلٌ للبيع، إذ لا يجوزُ بيعُ مملوكِ الغير من غير إجازة المالك، ولأبي يوسفَ ﷺ: إنَّ كلَّ واحدٍ منِ الشراءِ والمهرِ عقدُ معاوضةٍ، مثبتٌ للملكِ بنفسه.

فإن قيل: الشراءُ مبادلةُ مالٍ بمالٍ موجبٌ للضّمانِ في الموضعين، والنكاح مبادلةُ مالٍ بما هو ليس بمال، غير موجبٍ للضّمانِ في المنكوحة، فكان الشراءُ أولى.

أجيب: بأنّ الملكَ في الصداقِ يثبتُ بنفس العقد متأكّداً، حتى لا يبطل بالهلاكِ قبل التسليم، بخلاف الملك في المشتَرَى؛ ولهذا يجوزُ التصرُّفُ في الصداق قبل القبضِ بخلاف المشتَرَى، فإن لم يترجَّح جانبُ النكاح بهذا، فلا أقلّ من المساواة.

والجوابُ عمّا قاله محمّد ﷺ: إنَّ المقصودَ من السبب حكمُهم، وحكمُ النكاحِ ملكُ المسمَّى فيه، ومتى قُدِّرَ متأخِّراً لم يوجبْ حكمه، فلا يصار إليه، كما لا يصارُ إلى

(١) «تبيين الحقائق»(٤: ٣١٧ - ٣١٨).

والرهنُ مع قبضٍ أحقُّ من هبةٍ معه. فإن بَرْهَنَ خارجان على ملكٍ مؤرَّخ

والرهنُ[١] مع قبضٍ أحقُّ من هبةٍ معه.
فإن بَرْهَنَ خارجان على ملكٍ[٢] مؤرَّخ(١)

تأخُّر الشراء، فيجعل كأنّهما وقعا معاً، وهما سواءٌ في إفادةِ ملكِ العين، فلا يقدَّم أحدُهما على الآخر، كدعوى الشراءِ منهما.

ثمَّ للمرأةِ نصفُ ذلك الشيء، ونصفُ قيمتِهِ على الزوج؛ لاستحقاقها نصف المسمّى عليه، ولمدّعي الشراء نصفه ويرجعُ بنصفِ الثمن إن كان نقده إن شاء، وإن شاء فسخ البيع؛ لتفرّق الصفقة. كما صرَّحوا به(٢).

[١]قوله: **والرهن...الخ**؛ يعني إذا ادّعى أحدُهما رهناً مع قبضِ الآخرِ هبة مع القبض، وأقاما بيِّنةً في الرهن أولى، وهذا استحسان، والقياس أن تكون الهبة أولى، فإنّ الهبةَ تثبتُ ملك العين، والرهن لا يثبت، فكانت البيّنةُ المثبتةُ لملكِ العينِ أكثرَ إثباتاً، فكان أولى.

ووجه الاستحسان: إنَّ المقبوضَ بحكمِ الرهن مضمونٌ بأقلّ من القيمة ودينِ المُرْتَهِن، وبحكم الهبة غير مضمون، وعقدُ الرهان أقوى؛ لأنّه يثبتُ البدلين المرهونَ والدين، والهبةُ لا تثبتُ إلاّ بدلاً واحداً، فكان أكثرَ إثباتاً.

بخلاف الهبةِ بشرطِ العوض، فإنّه أولى من الرهن؛ لأنّه بيعٌ انتهاء، والبيعُ أولى من الرهن، فإنَّ البيعَ عقدُ ضمانٍ يثبتُ الملك من حيث الصورةِ في الحال، ومن حيث المعنى في المال، والرهن لا يثبتُ المَلك إلاّ من حيث المعنى في المال، فكذا الهبةُ بشرطِ العوض أقوى من الرهن.

[٢]قوله: **على ملك مؤرَّخ**؛ قيّدَ بالملك؛ لأنّه لو أقام البيّنةَ على أنّها في يده منذ سنتين، ولم يشهدوا أنّها له قضى به للمدَّعي؛ لأنّها شهدت باليدِ لا بالملك. كذا في «البحر».

(١) يعني إذا ادّعيا ملكاً في آخر وأقاما البيّنة وأرّخا فصاحب الأسبق أولى، ينظر: «شرح ابن ملك»(ق١١٨/ب).

(٢) ينظر: «المبسوط»(١٧: ٥٩ – ٦٠).

أو شراءِ مؤرَّخ من واحد، أو خارجٌ على ملك مؤرَّخ، وذو يدٍ على ملكٍ أقدم، فالسَّابق أحقّ

أو شراءِ مؤرَّخ[١] من واحد[٢](١)، أو خارجٌ على ملك مؤرَّخ، وذو يدٍ على ملكٍ أقدم، فالسَّابق أحقّ[٣].

[١]قوله: أو شراء مؤرَّخ؛ أشارَ بذكره بعد الملك أنّه لا فرق بين دعوى الملك المطلق والذي لسبب.

[٢]قوله: من واحد؛ ولو قيّده بقوله: غير ذي يد، كما أفاده صاحب «الهداية»(٢) بقوله: معناه من غير صاحب اليد؛ لكان أولى؛ لأنَّ دعوى الخارجين الشراء من ذي يد قد تقدّم في قوله: فإن برهنا على شراءِ شيءٍ من ذي يد... الخ، فلا فائدة في التعميم.

[٣]قوله: فالسابق أحق؛ أي الأسبق منهما تاريخاً أحقّ وأولى في الصورتين، وذكرَ الصورةَ الأولى فيما تقدّم، وأعادَ هاهنا لأجل التاريخ، وجعل الكَرْخيُّ ﷺ هذا متّفقاً عليه، وجعل صاحب «الأمالي» هذا قول أبي حنيفةَ ﷺ وقول محمّد ﷺ أوّلاً، وهو قولُ أبي يوسفَ ﷺ آخراً.

وفي قولِ محمَّد ﷺ آخراً، وهو قول أبي يوسف ﷺ أوّلاً هو بينهما؛ لأنّه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق، ولو أُرِّخت أحداهما دون الأخرى فهما سواء عند أبي حنيفةَ ﷺ.

وقال أبو يوسفَ ﷺ: المؤرَّخُ أولى.

قال محمّد ﷺ: المبهمُ أولى؛ لأنَّ البيّنةَ على الملكِ المطلقِ تَدُلُّ على الملك من الأصل، ألا ترى أنّه يستحقُّ به الأولاد والاكساب، وملك الأصل أولى من التاريخ.

ولأبي يوسفَ ﷺ: إنّ المؤرَّخَ ملكه متيقّن فكان أولى.

ولأبي حنيفة ﷺ: إنّ المبهمَ يحتملُ أن يكون أقدم، فلا يترجَّحُ المؤرَّخُ مع الاحتمال.

---

(١) يعني إذا ادّعيا الشراء من واحد غير ذي اليد وأقاما البيّنة على التاريخين، فالأول أولى، وقيدنا بقولنا: غير ذي اليد؛ لئلا يلزم التكرار؛ لأنه قال فيما سبق وإن برهنا على شراء شيء من ذي اليد. ينظر: «شرح ابن ملك»(ق١١٨/ب).

(٢) «الهداية»(٣: ١٧١).

وإن بَرْهَنا على شراءِ شيء متّفقٌ تاريخهما من آخر، أو وقّتَ أحدُهما فقط استويا

وإن بَرْهَنا[1] **على شراءِ شيء متّفقٌ تاريخهما من آخر)**: أي قال أحدُهما: اشتريتُه من زيد، وقال الآخرُ: اشتريتُهُ من عمرو، وذكرا تاريخاً، **(أو وقّتَ أحدُهما فقط استويا)**، فالحاصلُ: أنّه إذا وقّتَ أحدُهما فقط، وتلقّيا من واحد، فصاحبُ الوقتِ أحقّ، وإن تلقيا من اثنتين فهما سواء.

وأمّا الصورةُ الثانيةُ؛ فلأنّهما لمّا ادّعيا من شخصٍ واحدٍ فقد اتّفقا على أنَّ الملكَ له، فمَن أثبت منهما التلقّي من جهته في زمان لا يزاحمه فيه أحدٌ كان أولى، ولو لم يؤرّخا فهما سواء، وإن أرّخت إحداهما دون الأخرى، فالمؤرِّخُ أولى، وإن كان مع أحدِهما قبضٌ كان هو أولى، ولو أرّخَ الآخرُ ما لم يُثْبِتْ أنّه أقدمُ تاريخاً. كذا في «رمز الحقائق»(1) للعلامة العَيْنِيّ.

[1]قوله: **وإن برهنا**...الخ؛ يعني إن برهن أحدُهما على الشراء من زيد، والآخر عليه من بكر، واتّفق تاريخُهما، فهما على سواء، حتى يكون المبيعُ بينهما نصفين؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أثبتَ الملك لبائعه، وملكُ بائعه مطلقٌ بلا تاريخ، فصار كما إذا حضرَ البائعُ فادّعى الملكَ المطلق، فيكون بين الخارجين؛ لاستواءِ تاريخهما.

وكذا لو وَقّت أحدُهما فقط؛ لأنَّ توقيتَ أحدهما لا يدلُّ على تقدّم الملك؛ لجواز أن يكون الآخر أقدم، بخلاف ما إذا كان البائعُ واحد؛ لأنّهما لو اتّفقا على الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبتَ أحدهما تاريخاً يحكمُ به، حتى يتبيّن أنّه تقدّمَه لشراءِ غيره، ثم اعلم أنّ البيِّنةَ على الشراءِ لا تقبل حتى يشهدوا أنّه اشتراها من فلان، وهو يملكها. كذا في «البحر»(2) معزياً إلى «خزانة الأكمل».

وفي «السراج الوهّاج»: لا تقبل الشهادةُ على الشراء من فلانٍ حتى يشهدوا أنّه باعها منه، وهو يومئذٍ يملكها، أو شهدوا أنّها لهذا المدَّعي اشتراها من فلان بكذا، ونقدَ الثمنَ وسلّمها إليه؛ لأنَّ الإنسانَ قد يبيعُ ما لا يملك، لجواز أن يكون وكيلاً أو متعدّياً، فلا يستحقُّ المشتري الملكَ بذلك، فلا بُدّ من ذكر ملك البائع أو ما يدلُّ عليه. انتهى.

وفي «البزّازيّة»: إن كان المبيعُ في يدِ البائعِ تقبلُ من غير ذكر ملك البائع، وإن كان في يدِ غيره والمدَّعي يدَّعيه لنفسه إن ذكرَ المدّعي وشهودَه أنَّ البائعَ يملكُها، أو قالوا:

---

(1) «رمز الحقائق»(٢ : ١٤٤).

(2) «البحر الرائق»(٧: ٢٤٢).

فإن بَرْهَنَ خارجٌ على الملك، وذو اليدِ على الشّراءِ منه

(فإن بَرْهَنَ[1] خارجٌ على الملك، وذو اليدِ على الشّراءِ منه

أسلمَها إليه، وقال: سلَّمَها إليّ، أو قال: قُبِضَت، وقالوا: قُبِض، أو قال: ملكي اشتريتُها منه وهي لي تقبل، فإن شهدوا على الشراءِ والنقدِ ولم يذكروا القبض ولا التسليم ولا ملكَ البائع ولا ملك المشتري لا تقبلُ الدَّعوى ولا الشهادة، ولو شهدوا باليدِ للبائع دون الملك اختلفوا. انتهى.

[1]قوله: **فإن برهن**... الخ؛ يعني لو أقامَ الخارج البيِّنة على أنّه ملكَ هذا الشيء وأقام ذو اليد على أنّه اشتراه من الخارج، فصاحب اليد أولى بأن يقضى له؛ لأنَّ الخارج وإن كان يثبت أوَّليّة الملك فذو اليد يتلّقى الملك منه، ولا تنافي فيه، فصار كما إذا أقرَّ بالملكِ ثمَّ ادّعى الشراء منه.

وكذا لو أقامَ الخارج ذو اليدِ بيّنةً على سببِ ملكٍ لا يتكرر، كما إذا برهنا كلّ واحد منهما على أنّ هذه الدّابةَ نتجت وولدت عنده، أو على أنّ اللّبن له وملكه، حلبَ في يده من شاته، أو على أنَّ هذا الجبن له صنعَه في ملكه، أو على أنّ هذا اللِّبْدَ له صنعه في ملكه، أو على أنّه قطعَ هذا الجزّ من غنمه، فصاحبُ اليد أولى، سواء أقامَ صاحبُ اليدِ بيِّنةً على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده، أمّا قبله فظاهر.

وأمّا بعده؛ فلأنّ ذا اليد لم يعتبرْ مقضيّاً عليه؛ لأنَّ بيّنتَه في نفس الأمر دافعةٌ بيّنةَ الخارجِ؛ لأنّ الكلام في سبب لا يتكرّر، فإذا ظهرت بيّنةٌ دافعةٌ تبيَّنَ أنَّ الحكمَ لم يكن مستنداً إلى حجّةٍ فلا يكون معتبراً، وإنّما كان صاحبُ اليد أولى؛ لأنَّ البيِّنةَ قامت على ما لا تدلُّ عليه اليد، وهو أوّليّة الملك بالنتاج، فاستوت البيّنتان، وترجّحَت بيّنةُ ذي اليد باليد، فيقضى له، وهذا هو الصحيح.

وقال عيسى بن أبان ﷺ: إنّه يتهاترُ البيّنتان، ويتركُ المتنازعُ فيه في يدِ صاحب اليد، لا على طريقِ القضاء؛ لأنَّ القاضي تَيَقَّنَ بكذبِ أحدِ الفريقين؛ لأنَّ نتاجَ دابّة من دابّتين غيرُ متصوَّر، فصار كأنّهما لم يقيما بيِّنة، ولو لم يقيما بيّنة يقضى لصاحب اليد قضاء ترك.

والجواب: أنّ الشهادةَ على النتاج ليست بمعاينةِ الانفصالِ من الأمّ بل برؤية الفَصيل يتبعُ الناقة، وكلُّ واحدٍ من الفريقين اعتمدَ سبباً ظاهراً لأداءِ الشهادة، فيجبُ

....

....

العمل بهما، ولا يصار إلى التهاترُ بمنْزلةِ شهادةِ الفريقين على الملكين، حيث لا يتهاترُ البيِّنتان مع أنّ الشيءَ الواحد لا يتصوَّرُ أن يكونَ مملوكاً لشخصين في زمانٍ واحد، لكلّ واحدٍ منهما بكماله.

ولكن لّما وجدَ القاضي بشهادة كلِّ واحدٍ من الفريقين محملاً يطلقُ له أداءُ الشهادةِ بأن عاينَ أحدُ الفريقينِ باشرَ سبب الملك، وعاين الفريقُ الآخرُ [الخصمَ الآخرَ] يتصرَّفُ فيه تصرُّفَ الملك قبل شهادة الفريقين، كذا هاهنا.

واعلم أنَّ القضاء ببيِّنةِ الخارج هو الأصل، وإنّما عدلنا عنه بخبرِ النتاج، وهو ما روى جابر بن عبد الله ﷺ: «إنّ رجلاً ادّعى ناقةً في يد رجل، وأقام البيّنة أنّها نَتَجَت [عنده]، وأقام الذي هي في يده أنّها ناقته نَتَجَها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده»[1]، وهذا حديثٌ مشهور، فصارت مسألة النتاجِ مخصوصة، كما في «البحر»[2] نقلاً عن «المحيط».

وألحقوا بالنتاج ما لا يتكرّر سببه؛ لكونه في معناه؛ لأنّه دعوى أوّليّة الملك كالنسج في الثيابِ التي لا تنسجُ إلاّ مرّةً كالثياب القطنيّة، وغزل القطن، وحلب اللبن، واتّخاذ الجبن، وجزّ الصوف.

وإن كان سبباً يتكرّر لا يكون في معناه، فيقضي به للخارج بمنْزلةِ المطلق، مثل الجزّ، والبناء، والغرس، وزراعة الحنطة والحبوب، فإن أشكلَ يرجع إلى أهل الخبرة، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج؛ لأنَّ القضاء بيّنته هو الأصل، وإنّما عدلنا بخبر النتاج. [كذا في] «المنح»[3]، وغيره.

وذكر الطحطاويّ[4] نقلاً: هكذا ذكر عن «جامع الفصولين» برهنَ كلٌّ من الخارج وذي اليد على نتاجٍ في ملكِ بائعه حكمَ لذي اليد، إذ كلٌّ منهما خصمٌ عن بائعه، فكأن بائعيهما حضرا وادّعيا حكماً بنتاج، فإنّه يحكم لذي اليد، ولو برهنَ أنّه ولدَ في ملكه

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) «البحر الرائق»(٧: ٢٤٣).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ١٧٢/ب).

(٤) في «حاشيته»(٣: ٣١٣).

أو برهَنا على سببِ ملك لا يتكرَّر كالنتاج

أو برهَنا[١] على سببِ ملك[٢] لا يتكرَّر كالنتاج[٣]

وبرهنَ ذو اليد أنّه له، ولد في ملك بائعِهِ يحكمُ به لذي اليد، فلا يترجح نتاجٌ في ملكه على نتاجٍ في ملك بائعه. انتهى.

وفي «القنية»: تقدّم بيّنة ذي اليد إذا ادّعى أوّليَّة الملك بالنتاج عنده، فكذا إذا ادّعاه عند مورثه. انتهى.

[١]قوله: **أو برهنا**...الخ؛ ولو أقامَ أحدُهما البيِّنةَ على الملك، والآخر على النتاج، فصاحب النتاج أولى أيُّهما كان؛ لأنَّ بينتَه قامت على أوّليّة الملك، فلا يثبتُ الملك للآخر إلا بالتلقّي من جهته، وكذلك إذا كان الدّعوى بين خارجين، فبيّنة النتاجِ أولى لما ذكرنا.

ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد، ثمَّ أقام ثالث البيِّنة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد؛ لأنَّ الثالث لم يصرْ مقضيّاً عليه بتلك القضية، وكذا المقضي عليه بالملكِ المطلقِ إذا أقام البيّنةَ على النتاجِ تقبل، وينقض القضاء به؛ لأنّه بمنزلة النص، والأوّل بمنْزلة الاجتهاد. كذا في «الهداية»(١).

[٢]قوله: **على سبب ملك لا يتكرر**؛ اعلم أنَّ السببَ في الملكِ على نوعين:

١. سببٌ لا يتكرَّر كالنسجِ في الثياب التي لا تنسج إلا مرّة، كنسجِ الثياب القطنية، وغزل القطن، وحلب اللبن، واتّخاذ الجبن واللِّبْد.

٢. وسببٌ يتكرّر كالخز، فإنّه ينسجُ مرَّةً بعد مرّة؛ لأنّه ينسج ثم يكتب، فينغزل ثمَّ ينسجُ ثانياً، وكالبناء، والغرس، وزراعة الحنطة والحبوب، فإنَّ النخلَ مثلاً يغرس ثمَّ غيرَ مرَّة، فقد يغرس إنسان ثم يقلعه غيره، ويغرسه، والزرعُ قد يكون غيرَ مرّة، فإنَّ الحنطةَ قد تزرعُ في الأرض، ثم يعزل التراب، فيميز الحنطة منها، ثم تزرعُ ثانياً. كذا في «الكافي».

[٣]قوله: **كالنتاج**؛ النِّتاج بالكسر، اسم يشتملُ وضعَ البهائم من الغنم وغيرها، وإذا وَلِيَ الإنسانُ ناقةً ماخِضاً حتى تضع، يقال: نَتَجَها نتجاً من باب ضرب، فالإنسانُ

(١) «الهداية»(٣: ١٧٢).

وحلبِ لبن، واتخاذِ جُبْن ، أو لِبْد أو جزِّ صوف

وحلبِ لبن[١]، واتخاذِ جُبْن[٢] ، أو لِبْد[٣] أو جزِّ صوف[٤]

كالقابلة ؛ لأنّه يتلقّى الولد، ويصلحُ من شأنِه، وهو ناتجٌ، يقال: البهيمةُ منتوجةٌ، والولدُ نَتيجةٌ. كذا في «المصباح المنير»(١).

[١]قوله: وحلب لبن ؛ حلبت الناقة وغيرها، من باب قتل، والحَلَبُ بفتحتين يطلقُ على المصدر أيضاً وعلى اللّبنِ المحلوب، فيقال: لبنٌ حَلَبٌ وحَليبُ ومَحلوبٌ، وناقةٌ حلوبٌ وزانُ رسولٍ: أي ذات لبن، واللَّبَنُ بفتحتين من الآدميّ والحيوان، جمعُه ألبان، مثل سبب وأسباب. كذا في «المصباح»(٢).

[٢]قوله: جُبن ؛ بالضم وبضمتين: ينير. كذا في «منتهى الأرب».

وقال في «المصباح»(٣): الجبْنُ المأكول، فيه ثلاث لغات، رواها أبو عبيدةَ ﷺ عن يونس بن حبيب ﷺ سماعاً عن العرب، أجودُها: سكون الباء، والثانية: ضمُها للإتباع، والثالثة: وهي أقلُّها التثقيل، ومنهم مَن يجعل التثقيل من ضرورةِ الشعر. انتهى.

[٣]قوله: أو لبد ؛ لبد بالكسر: نمد وخوي كَيرزين وهيرلشم وموي نشسته برجفيده الباد ولبود جمع. كذا في «منتهى الأرب»، وقال في «المصباح»(٤): اللِّبْدُ وزان حِمْل ما يَتَلَبَّدُ من شعر أو صوف، واللِّبْدة أخصُّ منه. انتهى.

[٤]قوله: أو جزّ صوف ؛ يقال: جززت الصوفُ جزّاً من باب قتل: قطعتُه، والصوفُ للضّأن، والصوفةُ أخصُّ منه، وكبش أصوف وصائف: كثيرُ الصوف. كذا في «المصباح»(٥).

فإن قيل: كيف يكون الجزُّ في معنى النتاج، وهو ليس بسببٍ لأوّليّة الملك، فإنّ الصوفَ على ظهر الشاةِ كان مملوكاً له قبل الجزّ.

---

(١) «المصباح المنير»(ص٥٩١).

(٢) «المصباح»(ص١٤٥).

(٣) «المصباح»(ص٩٠).

(٤) «المصباح المنير»(ص٥٤٨).

(٥) «المصباح المنير»(ص٣٥٢).

فذو اليد أحقّ ولو بَرْهَنَ كلٌّ على الشّراءِ من الآخرِ بلا وقتٍ سقطا، وتُركَ المالُ في يدِ مَن معه

فذو اليد أحقّ[1].

ولو بَرْهَنَ كلٌّ على الشّراءِ من الآخرِ بلا وقتٍ سقطا، وتُركَ المالُ في يدِ مَن معه): أي بَرْهَنَ كلٌّ واحدٍ من ذي اليد، والخارج على الشّراء من صاحبه، ولم يذكرا تاريخاً، سقطت البيّنتان[2]، وتُركَ المالُ في يدِ صاحبِ اليد، وعند[3] محمّد ﷺ يقضى للخارج كان ذا اليدِ اشتراه أوّلاً، ثُمَّ باعَهُ من الخارج، ولا يعكس؛ لأنَّ البيعَ قبلَ القبضِ لا يجوز، وإن كانَ في العقارِ عند محمّد ﷺ

قلنا: نعم؛ ولكنَّه كوصف الشاة، ولم يكن مالاً مقصوداً إلاّ بعد الجزّ؛ ولهذا لا يجوزُ بيعُه، وما تنازعا فيه مالٌ مقصود. كذا في «الكفاية»(1).

[1]قوله: **فذو اليد أحق**؛ ومحلُّ تقديمِ بينة ذي اليدِ في النتاجِ إذا لم يدَّع الخارجُ نتاجاً وعتقاً، وإلا كان الخارجُ أولى؛ لأنّ بيِّنةَ النتاج مع العتقِ أكثر إثباتاً؛ لأنّها أثبتت أوّليّة الملكِ على وجه لا يستحقّ عليه أصلا، وبيّنة ذي اليد أثبتت الملكَ على وجهٍ يتصوّر استحقاقَ ذلك عليه.

بخلاف ما إذا ادّعى الخارج العتق مع مطلق الملك، وذو اليد ادّعى النتاج، فبينةُ ذي اليد أولى. ذكرَه العلامة الطَّحْطاويُّ في «حاشيته على الدر المختار»(2).

[2]قوله: **سقط البيّنتان...**الخ؛ هذا مذهب الشيخين، ودليلهما: أنَّ الإقدام على الشراءِ إقرارٌ من المشتري بالملك للبائع، فصار كأنَّ كلاً منهما أقام البيّنة على إقرار صاحبه بالملك، وفيه التهاتر بالإجماع؛ لأنّ الثابتَ من الإقرارين بالبيّنة كالثابتِ من المعاينة، ولو عاينا إقرارهما معاً بطلا، فإن ما لا يعرف سبقُ أحدهما جعل كأنّهما وقعا معاً، وفيه التهاترُ بالإجماع، فكذا هاهنا.

[3]قوله: **وعند محمّد** ﷺ؛ يعني عنده يقضي بالبيّنتين، ويكون المتنازع فيه للخارج؛ لأنَّ العملَ بالبيّنتين ممكنٌ، فيجعل كأنّ ذا اليد اشتراه من الخارجِ أوّلاً فيؤمرُ

---

(1) «الكفاية»(7: 253).

(2) «حاشية الطحطاوي»(3: 313).

....

وإنّما قال: بلا وقتٍ حتَّى لو أرَّخا، ففيه تفصيل[1] مذكورٌ في «الهداية»(١) فطالعها إن شئت.

واعلم أنَّ صاحبَ «الهداية»(٢) ذَكَرَ هذه المسائل من غير ضبط، وإنِّي جمعتُها من «الذَّخيرة» مضبوطةً موجزة[2]، فأقول:

بالتسليم إلى الخارج، ثمَّ باعَه من الخارجِ ولم يُسَلِّم؛ لأنَّ القبضَ له دلالة السبق؛ لأنّ تمكُّنَه من قبضِهِ يدلُّ على سبقِ شرائه.

ولا يعكسِ الأمر بأنَّ الخارجَ كان اشترى من ذي اليدِ أوّلاً ثمَّ باعَه من ذي اليد؛ لأنَّ في ذلك يلزمُ بيعُ المبيعِ قبل القبض، وهو ليس بجائزٍ عند محمَّدٍ ﷺ، وإن كان في العقار.

والجوابُ من جانب الشَّيخين ﷺ: إنَّ السببَ إذا كان مفيداً للحكمِ يعتبر، وإلاَّ فلا هاهنا، والسببُ وهو شراء كلّ منهما من صاحبه لا يفيد الحكم، وهو الملك؛ ولا يمكن القضاء لذي اليد إلاّ بملك مستحقّ، فبقي القضاءُ له بمجرَّد السبب، وأنّه لا يفيده.

[1]قوله: **تفصيل مذكور في «الهداية»**؛ قال في «الهداية»(٣): وإن وُقِّتت البيّنتان في العقار ولم تُثبتا قبضاً، وَوَقْتُ الخارجِ أسبقُ يقضى لصاحب اليد عندهما، فيجعل كأنَّ الخارجَ اشترى أوّلاً ثمّ باعَ قبل القبضِ من صاحبِ اليد، وهو جائزٌ في العقارِ عندهما.

وعند محمّد ﷺ يقضى للخارج؛ لأنّه لا يصحُّ بيعُهُ قبل القبض، فبقيَ على ملكِه، وإن أثبتا قبضاً يقضى لصاحبِ اليد؛ لأنَّ البيعين جائزان على القولين، وإذا كان وقتُ صاحبِ اليدِ أسبق يقضى للخارجِ في الوجهين، فيجعلُ كأنّه اشتراه ذو اليد، وقبضَ ثمَّ باعَ ولم يُسَلِّم، أو سَلَّمَ ثمّ وصلَ إليه بسبب آخر. انتهى.

[2]قوله: **وإنّي جمعتها من «الذخيرة» مضبوطة موجزة**؛ حاصلُ الكلام في ضبط هذه الأقسام: إنّ المدعيين إذا برهنا فإن كان تاريخُ أحدِهما عند إقامتهما البيِّنة سابقاً فهو أحقّ، وإن لم يكن سابقاً بل كان مساوياً بأن أرَّخا موافقاً أو لم يؤرِّخا أصلاً أو أرَّخَ

(١) «الهداية»(٣: ١٧١).

(٢) «الهداية»(٣: ١٧١).

(٣) «الهداية»(٣: ١٧٣).

....

إن بَرْهَنَ المدَّعيان، فإن كان تاريخُ أحدِهما سابقاً، فهو أحقّ، وإن لم يكن، فإن كان كلٌّ منهما ذا يد، فهما متساويان، وكذا إن كان كلّ منهما خارجاً في الملكِ المطلق، وهذا إذا لم يؤرِّخا، أو أرَّخَ أحدُهما، أو أرَّخا ولم يكن أحدُهما سابقاً حتّى إن كان، فقد مرَّ أن السَّابق أحقٌّ، وكذا في الملك بسببٍ إلاّ إذا تلقّيا من واحد وأرَّخَ أحدُهما فقط، فإنَّه أحقّ.

وإن كان أحدُهما ذا يدٍ والآخر خارجاً، فالخارجُ أحقٌّ في الملكِ المطلقِ شاملاً للصُّورِ المذكورة[1]، إلا إذا ادَّعيا مع الملكِ المطلق فعلاً كما إذا قال: هو عبدي أعتقتُه، أو دبَّرتُهُ، فذو اليد أحقّ

أحدُهما، وكان كلٌّ واحدٍ منهما صاحب يد، أو كان كلٌّ منهما خارجاً في الملك المطلق، أو في الملكِ بسببٍ فهما متساويان، إلاّ إذا تلقّيا من واحد، وأرَّخ أحدُهما فهو أحقّ.

وإن كان أحدُهما صاحب يدٍ والآخر خارجاً، فالخارجُ أحقٌّ في الملك المطلقِ عند التساوي في التاريخ، إلاّ إذا ادَّعيا مع الملكِ فعلاً بأن قال: هو عبدي أعتقته أو دبَّرتُه، فذو اليد أحقّ.

بخلاف ما إذا قال كلٌّ واحد: هو عبدي كاتَبتُه فهما متساويان؛ لكونهما خارجين، إذ لا بُدَّ في عقدِ الكتابة من أهليّة العاقدين، فإذا عقدا يكون العبدُ معتقاً يداً، فلا يتصوَّرُ اليدُ عليه، بخلاف المعتق فإنّه في يد المولى إذا كان صغيراً أو كبيراً، لا يعرفُ عتقَه.

ولو قال أحدُهما: عبدي كاتَبتُه، وقال الآخرُ: دبَّرتُه أو أعتقتُه، فهو أولى؛ لأنّ كلَّ بيّنةٍ يكون أكثرُ إثباتاً فهو أحقّ، هذا في الخارج وذي اليدِ في الملكِ المطلق.

أمّا في الملكِ بسببٍ فإن ذكرَ الخارجُ وذو اليد سبباً واحداً وتلقّيا من واحد، فذو اليد أحقّ، وإن تلقّيا من اثنين فالخارجُ أحقٌّ عند التساوي في التاريخ، وإن ذكرَ السببين كالشراءِ والهبة وغير ذلك ينظرُ إلى قوَّة السبب(١)، فتذكّر.

[1]قوله: شاملاً للصور المذكورة؛ وهما ما إذا لم يؤرِّخا أو أرَّخَ أحدُهما أو أرَّخا ولم يكن أحدُهما سابقاً.

---

(١) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٢٨٠).

....

بخلاف ما إذا قال: كلٌّ واحدٍ هو عبدي كاتبته، فهما سواءٌ لأنَّهما خارجان إذ لا يد على المكاتب[1]، ولو قال أحدُهما: هو عبدي كاتبتُه، وقال الآخر: دبَّرتُه، أو اعتقتُه، فهذا أولى.

فالضابط أنَّ كلَّ بيِّنةٍ تكون أكثرَ إثباتاً، فهي أحقّ، هذا في الخارج وذي اليد في الملكِ المطلق، وأمَّا في الملكِ بسبب، فإن ذَكَرَا سبباً واحداً، فإن تلقَّيا من واحدٍ، فذو اليدِ أحقّ، وإن تلقَّيا من اثنين فالخارجُ أحقّ شاملاً للصُّور المذكورة، وإن ذَكَرَا سببينِ كالشِّراء، والهبة، وغير ذلك، يُنْظَرُ إلى قوّةِ السَّببِ[2] كما في «المتن»(١).

[١]قوله: إذ لا يد على المكاتب؛ أُورِدَ عليه: إنَّ عدمَ اليدِ في العتقِ المطلقِ أظهر منه في المكاتب.

وأجيبَ عنه: بأنَّ الكتابةَ عقد معاوضة، فلا بُدَّ من أهليّة العاقدين وقبولهما، فإذا عقدها يكون معتقاً يداً، فلا يتصوَّرُ اليدُ عليه، فمَن قال: إنّه عبدي كاتبتُه، فقد اعترفَ أنّه لا يدَ عليه، ويكون خارجاً بالضَّرورةِ سواء كان مرادُ المدَّعي نفسه أو ولاؤه، بخلافِ التَّدبيرِ والإعتاق، فإنَّ كلاً منهما تصرُّفٌ لازم، فلا يستدعي قبولَ العبدِ له.

ويجوز أن يكون العبدُ صغيراً يكون في يدِ مولاه أو كبيراً لا يعرف عتقه، فيكون في يدِ مولاه، كما إذا كان، فإذا قال: هو عبدي أعتقتُه، فقد أثبت قيداً زائداً، فيثبتُ له الولايةُ قطعاً، هكذا قالوا.

[٢]قوله: ينظرُ إلى قوَّةِ السبب؛ فيه بحث، فإنّ النَّظرَ إلى قوَّةِ السببِ إنَّما يكون إذا كانت الدعوى من واحد، وأمّا إذا كانت من اثنين تقبلُ البيِّنتان وينصفُ بينهما، ولا ينظر إلى قوَّة السبب. كما صرَّح به في «الهداية» وشروحها.

ووجه الفرق: إنّهما إذا ادّعيا الشراءَ والهبةَ من واحدٍ لا يحتاجان إلى إثباتِ الملك لَمن ملكها، فإنّه ثابت بتصادقهما، وإنّما الحاجزُ في إثبات سببِ الملك عليه، وفي إثباتِ سبب الملك لنفسها، الشراءُ أقوى من الهبة؛ لكونه معاوضة من الجانبين؛ ولأنّه يثبتُ الملك لنفسه، والملكُ في الهبةِ يتوقَّفُ على القبض.

وأمّا إذا ادَّعيا الشراءَ والهبةَ من اثنين لهما محتاجان إلى إثباتِ الملك عن ملكهما، وينتصبُ كلُّ واحدٍ منهما خصماً عمّن ملكه في إثباتِ الملك له أوّلاً ثم لنفسه،

---

(١) ومثله في «إيضاح الإصلاح»(ق١٢١/ب).

ولا يرجَّحُ بكثرةِ الشُّهود، ولو ادَّعى أحدُ خارجينِ نصفَ دار، والآخرُ كلَّها، فالرُّبعُ للأوَّل، وقالا: الثُّلُث، والباقي للثَّاني

(**ولا يرجَّحُ بكثرةِ الشُّهود**[1]): فإنَّ التَّرجيحَ عندنا بقوَّةِ الدَّليلِ لا بكثرتِه.

(**ولو ادَّعى**[2] **أحدُ خارجينِ نصفَ دار، والآخرُ كلَّها، فالرُّبعُ للأوَّل، وقالا: الثُّلُث، والباقي للثَّاني**)

والحجَّتان في إثباتِ الملك بهما سواء، فيقضى به بينهما. كذلك كما صرَّحوا به.

[1]قوله: **ولا يرجّح بكثرة الشهود**؛ يعني أنّ أحد الخصمين إذا أقام شاهدين، والآخرُ أكثرَ لا يرجَّحُ بكثرة شهوده؛ لأنَّ الترجيحَ يكون لقوَّةٍ في العلَّة لا بكثرة العلل؛ لأنَّ ما يصلحُ دليلاً مستقلاً لا يصلح للترجيح.

وإنّما يرجَّح بالوصف؛ ولهذا لا ترجَّح الآية بآية، ولا خبر بخبر، وإنّما يرجّح بالقوَّة، بأن كان أحدُهما متواتراً، والآخرُ من الآحاد، أو كان أحدُهما مفسَّراً والآخرُ مجملاً، فيرجَّح المفسَّرُ على المجمل، والمتواتر على الآحاد؛ لقوَّةٍ وصفٍ فيه، وكذا لا يرجّح قياس بقياسٍ لما ذكرنا.

[2]قوله: **ولو ادّعى**...الخ؛ توضيح الكلام بحيث ينكشف به المرام: إنَّ الدَّارَ إذا كانت في يدِ رجلٍ ادَّعاها اثنان أحدُهما جميعها، والآخر نصفها، وأقامَ كلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ على ما ادَّعاه، فلصاحب الجميع ثلاثةُ أرباعِ الدَّار، ولصاحبِ النصفِ ربعُها.

وهذا عند الإمامِ اعتباراً لطريق المنازعة؛ لأنَّ مدَّعي الكلّ لا ينازعه أحد في النصف، فيُسَلَّم له من غيرِ منازعة، ثمَّ استوت منازعتُهما في النصفِ الآخر، فيكون بينهما، فسَلَّم لمدَّعي الكلِّ ثلاثةُ أرباعِها، ولمدَّعي النصفِ سَلَّم ربعها.

وقالا: لمدّعي الكلِّ ثُلُثاها، ولمدّعي النصف: ثلثُها؛ لأنَّ مدّعي الكلّ يضربُ بكلِّها، ومدّعي النصف بنصفها، بطريق العول، وبه قال مالك ﷺ في رواية، وعند الشافعي ﷺ في قول: تهاترت البيّنتان ويحلف ذو اليد كقابض لهما، فإذا حلف بقيَ في يد ذي اليد.

واعلم أنَّ جنسَ القسمةِ على أربعةِ أنواعٍ:

أحدها: ما يقسمُ بطريقِ العولِ إجماعاً، وهي ثمانُ مسائل: الميراث، والديون،

....

....

والوصيّة بما دون الثُلُث إذا اجتمعت وزادت على الثلث، والمحاباة، والدراهم المرسلة: يعني التي لم يذكرْ فيها تسقطُ من نصف أو ثلث أو ربع أو سدس، والسعايةُ بدينهم، والعبدُ إذا قلعَ عين رجلٍ وقتلَ آخر خطأ، فدفع بهما، والمدبَّر إذا جنى على هذا الوجه.

والثاني: ما يقسمُ بطريقِ المنازعة إجماعاً، وهي مسألة واحدة، فضوليّ باع عبداً لغيره من رجلٍ آخر، وفضوليٌّ آخر باعَ نصفه من آخر، فأجازَ المولى البيعين، فاختار المشتري الأخذ، يكون لمشتري الكلُّ ثلاثة أرباعه، ولمشتري النصف الربع بطريق المنازعة.

والثالث: ما يقسَّمُ بطريق المنازعةِ عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما: بطريق العول، وهي ثلاثة مسائل:

أحدها: مسألة الكتاب.

والثانية: إذا أوصى لرجل بجميعِ ماله، والآخرُ بنصفِ ماله، وأجازَه الورثة.

والثالثة: إذا أوصى لرجلٍ بعبد بعينه، والآخرُ بنصفِ ذلك العبد، وليس له مال غيره.

والرَّابعُ: ما يقسم بطريق العولِ عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما: بطريق المنازعة، وهي خمسُ مسائل:

أحدها: عبدٌ مأذون له في التجارة بين رجلٍ أدانه أحدُهما مئة، وأدانه أجنبيٌّ مئة، فدينُ المولى يسقطُ نصفه؛ لاستحالةِ وجوب الدين على عبده، وثبتَ نصفه الذي في نصيب شريكه، فإذا بيع بالدَّينِ يقسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرناه.

والثانية: إذا أدانَه أجنبيّان أحدُهما مئة، والآخر مئتين يقتسمان ثمنَه على هذا.

والثالثة: عبدٌ قتل رجلاً خطأ، والآخر عمداً، للمقتول عمداً وليّان، فعفى أحدُهما فدفعَ بهما، كان بينهما على الخلاف.

والرابعة: لو كان الجاني مدبَّراً على هذا الوجه، فدفعت قيمتُه كانت بينهما كذلك.

والخامسة: أمّ ولد قتلت مولاها وأجنبيًّا عمداً، ولكلٍّ منهما وليَّان، فعفى أحد

....

اعلم أن أبا حنيفةَ ﷺ اعتبر[1] في هذه المسألة طريقَ المنازعة، وهو أن النِّصفَ سالمٌ لمدَّعي الكلِّ بلا منازعة، بقي النِّصفُ الآخر، وفيه منازعتُهما على السَّواء، فينصَّف، فلصاحبُ الكلِّ ثلاثةُ أرباع، و لصاحب النِّصف الرُّبع.

وليِّي كلٍّ واحدٍ منهما على التعاقب، فإنّها تسعى في ثلاثةِ أرباع قيمتِها، فتقسَّم بين الساكتين.

فيعطى الربع لشريكِ العافي آخراً والنصف للآخر بينه وبين شريك العافي أوَّلاً أثلاثاً، ثلثاه لشريك العافي أوَّلاً، والثلث للعافي آخراً عنده، وعندهما أرباعاً، ذكره العَيْنِيّ[1]، والشُّمُنِيُّ[2]، والزَّيْلَعِيُّ[3]، وغيرهم في شروحهم وفتاواهم.

[١]قوله: اعتبر... الخ؛ اعلم أنّ الأصل عند الإمامِ أنَّ القسمةَ متى وجبت لحقٍّ ثابتٍ في الذمّة، أو لحقٍّ ثابت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكلّ، كانت القسمة عولية، ومتى وجبت لحقٍّ ثابتٍ على وجه التمييز أو كان حقُّ أحدِهما في البعض الشائع، وحقُّ الآخرِ في الكلّ، كانت قسمة منازعة.

وعندهما: إنَّ الحقَّين إذا ثبتا على وجه الشيوع في وقتٍ واحدٍ كانت القسمةُ على العول، وإذا ثبتا على التمييز أو في وقتين كانت على المنازعة. كذا في «كمال الدراية»[4]، وغيرها.

وبيانه: إنَّ الحقوقَ متى وجبت [في] الذمَّة فقد استوت في القوّة؛ لأنَّ الذمّةَ متّسعةٌ، فيضرب كلُّ واحدٍ بجميع حقّه في العين، وكذا [إذا كان] حقُّ كلٍّ واحدٍ في العين، لكن في الجزء الشائع، فقد استوت في القوّة؛ لأنَّ ما من جزء ثبتَ فيه حقُّ أحدهما إلاَّ وللآخر أن يزاحمَه فيه فكانت الحقوقُ مستويةً في القوَّة.

والأصلُ في قسمةِ العول الميراث، وفيه حقّ كلّ واحدٍ منهم ثبت في البعض الشائع، فإذا ثبتَ الحقّان على وجه التَّمييز لم يكن في معنى الميراث.

---

(١) في «رمز الحقائق»(٢: ١٤٦ - ١٤٧).

(٢) في «كمال الدراية»(ق٦٠١ - ٦٠٢).

(٣) في «التبيين»(٤: ٣٢٣ - ٣٢٤).

(٤) «كمال الدراية»(ق٦٠١).

....

وهما : اعتبرا طريقَ العَول[١] والمضاربة[٢]

وكذا [إذا] كان حقُّ أحدهما في البعض الشائع، وحقُّ الآخر في الكلّ لم يكن في معنى الميراث؛ لأن صاحبَ الكلِّ يزاحمُ صاحبَ البعض في كلِّ شيء، أمّا صاحبُ البعض لا يزاحم صاحبَه في الكلّ، فلم يكن في معنى الميراث؛ ولأنَّ حقَّ كلٍّ واحد منهما إذا كان في البعض الشائع وما يأخذ كلّ واحدٍ منهما بحكم القسمة مفرز، وإنّه غير الشائع كان المأخوذُ بدلّ حقّه لا أصل حقّه، فيكون في معنى الميراث والتركة التي اجتمعت فيهما الديون.

وفي مسائلِ القسمةِ إنّما وجبت بحقٍّ ثابتٍ في الذمّة؛ لأنَّ حقّ كلّ واحدٍ منهما في موجبِ الجناية، وموجبها يكون في الذمّة، فكانت القسمةُ فيها عوليّة، فعلى هذا تخرَّجُ المسائل. ذكرَه شيخنا العلامةُ الطَّحْطَاويّ في «حاشيته على الدر المختار»(١).

[١]قوله: **اعتبرا طريق العول**؛ وذلك إذا اجتمعَ في مخرجِ فروض كثيرة بحيث لا يكفي المجموع، فيحتاج إلى العول كما في امرأةٍ ماتت وتركت زوجاً وأختاً لأب وأمٍّ وأختاً لأب، للزوج النصف، وللأخت لأب وأمّ النصف، وللأخت لأب السدس، تكملةً للثلثين، فتعولُ الفريضة إلى سبعةٍ، وكانت في الأصل من ستّة.

والعولُ في اللغة يستعمل بمعنى الميل؛ أي الجور، يقال: فلان يعول علي؛ أي يميل جائراً، وبمعنى الغلبة: يقال عِيل صَبْرُه؛ أي غلَب، وبمعنى الرفع يقال: عالَ الميزان إذا رفعه.

وفي الاصطلاح: أن يزاد على المخرج شيء من أجزائه عن فرض، وغرضه أن يدخلَ النقصان في فرائض جميع الورثة على نسبة واحدة، وتفصيلُه في رسائل الفرائض(٢).

[٢] قوله: **والمضاربة**؛ يعني إنّ لكلٍّ واحدٍ من المدعيين حقّاً في العين على معنى أنَّ حقَّ كلٍّ منهما شائعٌ فيها، فما من جزءٍ إلا وصاحبُ القليلِ يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه؛ فلهذا كانت القسمةُ فيه بطريق العول.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٣١٦).

(٢) ينظر: «حاشية الشلبي»(٤: ٣٢٣)، و«رد المحتار»(٥: ٧٨٦).

وإن كانت معهما، فهي للثَّاني نصفٌ بقضاء، ونصفٌ لا به

وإنَّما سمِّي بهذا؛ لأن في المسألةِ كلاً، ونصفاً، فالمسألةُ من اثنين، وتعول إلى ثلاثة، فلصاحبِ الكلِّ سهمان، ولصاحبِ النِّصف سهم، هذا هو العول.

وأمَّا المضاربةُ فإن كلَّ واحدٍ يضربُ[1] بقدرِ حقِّه، فصاحبُ الكُلِّ له الثُّلُثان من الثَّلاثة، فيضربُ الثُّلُثين في الدَّار، فيحصل له ثلثا الدَّار، وصاحبُ النِّصفِ له ثُلُثٌ من الثَّلاثة، فيضربُ الثُّلُثَ في الدَّار، فيحصلُ له ثُلُثُ الدَّار؛ لأنَّ ضربَ الكسورِ بطريقِ الإضافة، فإنَّه إذا ضَرَبَ الثُلُثَ في السِتَّة، معناه ثُلُثُ السِتَّة، وهو اثنان.

(وإن كانت[2] معهما، فهي للثَّاني نصفٌ بقضاء، ونصفٌ لا به)

فيضرب كلٌّ منهما بجميعِ دعواه، فاحتجنا إلى عددٍ له نصفٌ صحيح، وأقلُّه اثنان، فيضرب بذلك صاحبُ الجميع، ويضرب مدَّعي النصف بسهم، فيكون بينهما أثلاثاً. كذا في «العناية»(1).

[1]قوله: **يضرب**؛ قال في «الكفاية»(2) نقلاً عن «المغرب»(ص281): قال الفقهاء: فلانٌ يضربُ فيه بالثُّلُث: أي يأخذ منه شيئاً بحكم ما له من الثُّلُث. انتهى.

[2]قوله: **وإن كانت**...الخ؛ يعني أنَّ الدارَ إذا كانت في أيديهما، وادَّعى أحدُهما نصفَها والآخرُ كلَّها، وبرهن كلٌّ منهما على دعواه، فسُلِّمَ لصاحبِ الجميع نصفها على القضاء، ونصفُها لا على وجهِ القضاء، وهو روايةٌ عن أحمد ﷺ، وقال الشافعيّ ومالكٌ وأحمد ﷺ في رواية: تبقى الدار في يديهما كما كانت؛ لترجّح بيّنة صاحب اليد باليد.

ولنا: إنَّ مدَّعيَ النصفِ تنصرفُ دعواه إلى ما في يده؛ لتكون يدُهُ يداً محقَّة؛ لأنَّ حملَ أمور المسلمين على الصحّة واجب، ومدَّعي الكلِّ يدَّعي ما في يد نفسه وما في يد الآخر، ولا ينازعه أحدٌ.

فما في يدِه يتركُ في يده لا على وجهِ القضاء، واستوت منازعتُهما فيما في يدِ صاحبه، فكانت بيِّنتُه أولى؛ لأنّه خارجٌ فيه، فيقضى له في كلِّ النصف، فسُلِّم له كلُّ

---

(1) «العناية»(8: 277).

(2) «الكفاية»(7: 260).

وإن بَرْهَنَ خارجان على نتاجِ دابة، وأرَّخا، قَضَى لمن وافقَ تاريخُهُ ووقته سنَّها، وإن أشكلَ فلهما

فإنَّ الدارَ إذا كانت في يدهما يكون النِّصفُ في يدِّ كلِّ منهما، فالنِّصفُ الذي في يدِ مدَّعي الكلِّ لا يدَّعيه أحد، فيتركُ في يدِه[١]، والنِّصفُ الذي في يدِ مدَّعي النِّصفِ يدَّعيه كلُّ واحد منهما، فمدَّعي الكلِّ خارج، وبيِّنةُ الخارجِ أَولى.

(**وإن بَرْهَنَ**[٢] **خارجان على نتاجِ دابة، وأرَّخا، قَضَى لمن وافقَ تاريخُهُ ووقته سنَّها، وإن أشكلَ**[٣] **فلهما**)

الدار، نصفُها بالترك، لا على وجه القضاء، والنصفُ الآخر بالقضاء(١).

[١]قوله: **فيترك في يده**؛ حاصلُهُ: إنّه إذا لم يدَّع مدّعي النصف النصفَ الذي في يد مدَّعي الجميع، ولا قضاءَ بدون الدعوى، فيتركُ ذلك النصفُ في يد مدَّعي الجميع بلا قضاء، ولو كانت في يد ثلاثة فادّعى أحدُهم كلَّها، وآخر ثلثُها، وآخر نصفُها، وبرهنوا، فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة، وعندهما بطريق العول. وبيانه ينظر في «الكافي».

[٢]قوله: **وإن برهن**... الخ؛ يعني إنّ الخارجين إذا تنازعا في دابّة، وأقام كلّ واحدِ منهما بيّنة أنّها نتجت عنده، وذكرا تاريخاً وسنّ الدابّة يوافقُ أحدَ التاريخين، قضى بها لَمن وافقَ بتاريخه ووقته سنّها؛ لأنَّ علامةَ الصدقِ ظهرت فيمَن وافق تاريخَه، فترجّحت بيّنته بذلك

وفي الأخرى ظهرت علامةُ الكذب، فيجب ردُّها ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدَّابةُ في أيديهما أو في يدِ أحدِهما، أو في يدِ ثالث؛ لأنَّ المعنى لا يختلفُ بخلافِ ما إذا كانت الدَّعوى في النتاج من غير تاريخِ حيث يحكم بها لذي اليدِ إن كانت في يدِ أحدِهما، أو لهما إن كانت في أيديهما، أو في يد ثالث. صرَّح به الزَّيْلَعِيُّ(٢)، وغيره.

[٣]قوله: **وإن أشكل**... الخ؛ أي إن أشكلَ من الدَّابةِ كانت الدَّابةُ بينهما؛ لأنّ أحدَهما ليس بأولى من الآخر، هذا إذا كانا خارجين بأن كانت الدَّابّةُ في يد ثالث، وكذا إذا كانت في يدِ أحدِهما قضى لهما بها.

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣٢٤).

(٢) في «تبيين الحقائق»(٤: ٣٢٤).

....

أمَّا إذا خالفَ سنُّها التَّاريخين، بطل البيِّنتان[١]، وتركَ الدَّابةَ مع ذي اليد..

وأمّا إذا كانت الدَّعوى بين الخارج وذي اليد في النتاج، وأقاما البيِّنة، ووُقِّتت البيّنتان في الدَّابة وقتين، فإن كانت الدَّابةُ على وفقِ بيِّنةِ المدَّعي قضيت بها له؛ لأنّ علامةَ الصدق ظهرت في شهادة شهوده، وعلامة الكذبِ ظهرت في شهادةِ شهودِ ذي اليد.

وأمّا إذا كانت البيّنةُ على وفقِ بيّنةِ ذي اليد، أو كانت مشكلةً قضيت بها لذي اليد، إمّا لظهورِ علامةِ الصدق في شهودِهِ أو سقوطِ اعتبارِ التوقيتِ إذا كانت مشكلة، ولم يذكرْ فيه ما إذا كان سنّ الدَّابةِ بين الوقتين الذين ذكرهما. كذا في «الكفاية»(١)، وغيرها.

[١]قوله: **بطل البيّنتان**؛ كذا ذكرَه الحاكمُ الشهيد ﷺ؛ لأنّه ظهرَ كذبُ الفريقين، فتترك في يدِ مَن كانت في يده. كذا في «الهداية»(٢).

وقال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(٣): والأصحّ أنّهما لا تبطلان، بل يقضى بها بينهما إن كانا خارجين، أو كانت في أيديهما، وإن كانت في يد أحدِهما يقضى بها لذي اليد؛ لأنَّ اعتبارَ ذكر الوقتِ لحقِّهما، وحقُّهما هاهنا في إسقاطِ اعتباره؛ لأنَّ في اعتبارِ إسقاط حقِّهما فلا يعتبر.

فصار كأنّهما ذكرا النتاجَ من غير تاريخ، وفيه صاحبُ اليد أولى إن كانت في يد أحدهما، وإلاّ فهيَ بينهما كما إذا أشكلَ في موافقةِ سنِّها أحدَ التاريخين، وهكذا ذكرَه محمّدٌ ﷺ، والأوّل ذكره الحاكم ﷺ، وهو قولُ بعض المشايخ، وليس بشيء. انتهى.

وقال العَيْنِيُّ في «شرح الكنز»(٤): والأصحّ أنّهما لا تبطلان بل يقضي بهما بينهما إن كانا خارجين، أو كانت في أيديهما، وإن كانت في يد أحدهما يقضي بها لذي اليد. انتهى. وهكذا في «البحر»، وغيره.

---

(١) «الكفاية»(٧: ٢٦٢).

(٢) «الهداية»(٣: ١٧٣).

(٣) «تبيين الحقائق»(٤: ٣٢٤).

(٤) «تبيين الحقائق»(٢: ١٤٧).

فإن بَرْهَنَ أحدُ الخارجينِ على غَصْبِ شيءٍ، والآخرُ على وديعتِهِ استويا

(فإن بَرْهَنَ[١] أحدُ الخارجينِ على غَصْبِ شيءٍ، والآخرُ على وديعتِهِ استويا)، ادَّعى أحدُ الخارجين على ذي اليدِ أنَّك غصبتَ هذا الشَّيء منِّي، والآخرُ ادَّعى أنّي أودعتُ هذا الشَّيء عندك، وبَرْهَنا، يُنَصَّفُ بينهما لاستوائهما[٢]، فإن المودعَ إذا جحدَ الوديعةَ صارَ غاصباً

[١]قوله: **فإن برهن... الخ**؛ يعني أن عيناً إذا كانت في يدِ رجلٍ فأقام رجلان عليها البيّنة، أحدُهما بغصب، والآخر بوديعة، استوت دعواهما حتى يقضيَ بينهما.

[٢]قوله: **لاستوائهما**؛ أي في الاستحقاق؛ لأنَّ المودع لمّا جحدَ الوديعة صار كالغاصب، فصار دعوى الوديعة والغصب سواء، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجبُ التساوي في نفس الاستحقاق.

فصل في التنازع بالأيدي

واللابسُ أحقُّ من آخذِ الكمّ، والرَّاكبُ من آخذ اللّجام، ومَن في السَّرجِ من رديفِه، وذو حملها ممّن علّق كوزَه منها

فصل في التنازع بالأيدي

(واللابسُ[1] أحقُّ من آخذِ الكمّ، والرَّاكبُ من آخذ اللّجام، ومَن في السَّرجِ من رديفِه

[1]قوله: **واللابس...** الخ؛ يعني إذا تنازعا في قميصٍ أحدهما لابسُه، والآخر آخذٌ بكمِّه، فاللاّبسُ أولى من الآخذ، وكذا إذا تنازعا في دابّةٍ أحدُهما راكبُها والآخر آخذٌ لجامها، فالراكبُ أولى من الآخذ؛ لأنَّ تصرّف اللابسِ والراكبِ أظهر، فإنّه يختصُّ بالملك، فكانا صاحبا يد، والمتعلّقُ خارج، فكانا أولى.

بخلاف ما إذا أقاما البيّنة حيث تكون بيّنةُ الخارجِ أولى؛ لأنّها حجّةٌ مطلقاً، وبيّنة الخارجِ أكثرُ إثباتاً كما قرّرناه سابقاً، وأمّا التعلّقُ والأخذُ ليس بحجّة، وكذا التصرُّف، لكنّه يستدلُّ بالتمكُّن من التصرُّف على أنّه كان في يده، واليدُ دليلُ الملك، حتى جازت الشهادةُ له بالملك، فيتركُ في يده حتى تقومَ الحجج والتراجيح.

وكذا لو كان أحدُهما راكباً على السرج، والآخرُ رديفاً له كان الرّاكب أولى؛ لأنَّ تمكُّنه من ذلك الموضعِ دليلٌ على تقدُّم يده، بخلافِ ما إذا كانا راكبين على السرج، حيث يكون بينهما؛ لاستوائهما في التصرُّف.

ولو كان أحدُهما متعلّقاً بذنبها والآخر ممسكٌ بلجامها، قالوا: ينبغي أن يقضى بها لِمَن يمسكُ بلجامها؛ لأنّه لا يتعلّق باللّجام غالباً إلاّ المالك، بخلاف التعلّق بالذنب[1].

والكمُّ للقميص معروف، والجمع أكمامٌ وكَمَمةٌ، مثالُ عِنْبة. واللّجام للفرس قيل: عربي، وقيل: معرَّبٌ، والجمع لجم، مثل كتاب وكتب، ومنه قيل للخرقةِ تشدُّ الحائض في وسطها لجام. وسرجُ الدابة معروف، وتصغيره سُرَيجٌ وبه سمّى الرجل. والرَّديف الذي تحملُهُ خلفَك على ظهر الدّابة، يقال: أردفتُه إردافاً وارتدفته فهو رديفٌ وردفٌ. كذا في «المصباح المنير»[2].

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣٢٥).

(٢) «المصباح المنير»(ص٥٤١).

وجالسِ البساطِ والمتعلِّقِ به سواء كمَن معه ثوبٌ وطرفُهُ مع آخر. والقولُ لصبيٍّ يُعَبِّرُ في أنا حرّ، وإن قال: أنا عبدُ فلانٍ قُضِي لَمن معه كمَن لا يُعَبِّر

وذو حملها[١] **ممّن علّق كوزَه منها)**: أي صاحبُ اليدِ في هذه الصُّور، هو الأَوَّل.

(وجالسِ البساطِ[٢] **والمتعلِّقِ به سواء كمَن معه ثوبٌ وطرفُهُ مع آخر.**

والقولُ لصبيٍّ[٣] **يُعَبِّرُ في أنا حرّ، وإن قال: أنا عبدُ فلانٍ قُضِي لَمن معه كمَن لا يُعَبِّر)**

[١]قوله: **وذو حملها**؛ يعني إذا تنازعا في بعيرٍ مثلاً، وعليه حمل لأحدِهما، وللآخر كوز معلّقٌ فصاحبُ الحمل أولى؛ لأنّه هو المتصرِّفٌ تصرُّفاً معتاداً، فكان في يده كما إذا ادَّعى جماعةٌ سفينةً، وكان واحدٌ منهم راكبُها، والآخرُ ممسكٌ لسكانها والآخر يجدف فيها، والآخر يمدها فهي بينهم إلاّ مَن يمدُّها، فإنّه لا شيءَ له فيها؛ لأنّه لا يد له فيها؛ لأنَّ الباقين هم المتصرّفون فيها تصرُّفا معتاداً.

ولو كان الحمل لهما كان البعير بينهما لاستوائهما، ولا يرجّح أحدهما بكثرةِ ما في الحمل؛ لأحدهما لأنّك عرفتَ أنَّ الترجيحَ يقعُ بالقوَّة لا بالكثرة(١).

[٢]قوله: **وجالس البساط**... الخ؛ يعني إذا تنازعا في بساطِ أحدُهما جالسٌ عليه، والآخرُ متعلِّقٌ به، فالبساطُ بينهما سواء، يعني لا على وجهِ القضاء، بل يتركُ في يدهما؛ لأنَّ القعودَ ليس بيدِ عليه فاستويا، فإنَّ اليدَ على البساط لا تثبتُ إلاّ بالنقل والتحويل، أو يكون في يدِه حكماً بأن كان في بيتِه ولم يوجدْ شيءٌ من ذلك؛ ولهذا لا يصيرُ غاصباً بمجرَّدِ القعود.

بخلافِ الركوبِ على الدَّابة، فإنّه يصيرُ غاصباً بمجرَّد الركوبِ عليه بغيرِ الإذنِ كما صرَّحوا به، وإذا كان الثوبُ في يدِ رجلٍ وطرفٌ منه في يدِ آخر، فالثوبُ بينهما نصفان؛ لأنَّ كلّ واحدٍ منهما يتمسّك باليد، إلا أنَّ أحدهما أكثر استمساكاً، فالزيادةُ من جنسِ الحجّة، فلا يوجبُ الزيادةَ في الاستحقاق، إذ لا ترجيحَ بكثرةِ العلل كما عرفت مراراً.

[٣]قوله: **والقول لصبيّ**... الخ؛ يعني إذا كان صبيٌّ في يدِ رجلٍ وهو يعبّرُ عن

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣٢٥).

....

....

نفسه، يعني يتكلّم ويعلمُ ما يقول، فحين دعوى رجل بأنّه عبد، قال: أنا حرّ، فالقول قوله؛ لأنَّ ذلك الصبيّ في يد نفسه، فكان هو صاحبُ اليد، والمدّعي كان خارجاً، والقولُ قولُ صاحب اليد؛ وهذا لأنَّ الأصلَ أن يكون لكلِّ إنسان يدَ على نفسه إبانةَ لمعنى الكرامة، فلا يقبلُ دعوى أحد عليه أنّه عبده عند إنكاره، إلاَّ ببيّنته كالبالغ.

وإن قال ذلك الصبيُّ: أنا عبدٌ لفلان، وهو غير ذي اليد، فهو عبدٌ لذي اليدِ بالإجماع؛ لأنه لّما أقرَّ أنّه عبدٌ لفلان، أقرَّ أنّه ليس له استقلال ولا قدرة على نفسه، فلا يعمل بإقراره، ويكون عبداً لذي اليد لا للخارج، إلاَّ بالبيّنة، وشهادةُ العبد ليست بحجّة.

فإن قلت: الإقرارُ بالرقّ ضرر، وأقوالُ الصبيّ في المضارّ ليست بموجبة، فكان الواجبُ أن لا يعتبرَ في حقِّ الصبيّ.

قلنا: الرقُّ لم يثبتْ بقول الصبيِّ بل بدعوى ذي اليد؛ لعدمِ المعارض بدعوى الحريّة؛ لأنّه لّما صارَ في يد المدَّعي بقي كالقماش في يدِه، فيقبل إقراره عليه، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الإقرارَ بالرقِّ من المضارّ؛ لأنّه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية، إذ التناقضُ فيه لا يمنعُ صحَّة الدَّعوى بخلافِ الإقرارِ بالدَّين.

وإن قلت: الأصلُ في الآدميِّ الحريّة؛ لأنّه ولدُ آدم وحواء على نبّينا وعليهما الصلاة والسلام، وهما حرّان، فيجب أن لا يقبل دعوى الرقّ إلاَّ بالبيّنة، وكون ذلك الصبيِّ في يدِ صاحبِ اليد لا يجب قبول قوله عليه كما لا يقبلُ قولُ الملتقط: إن هذا اللّقيط عبده، وإن كان في يدِه.

قلنا: إن الأصلَ يبطلُ إذا اعترضَ عليه ما يدلُّ على خلافه، وثبوتُ اليد دليلٌ على خلافِ ذلك الأصل؛ لأنّه دليلُ الملك، فيبطل به ذلك الأصل، ولا نُسَلِّمُ أنَّ اللّقيطَ إذا عبَّرَ عن نفسِه وأقرَّ بالرقّ يخالفُهُ في الحكم، وأمّا إذا لم يعبِّر عن نفسه فليس في يدِ الملتقطِ من كلِّ وجه؛ لأنّه أمينٌ فيه، والأمينُ يده قائمةٌ مقام غيره، فكانت غير ثابتة حكماً.

وأمّا إذا كان الصبيُّ لا يعبِّرُ عن نفسِه فهو عبدٌ للذي هو في يده؛ لأنّه بمنْزلةِ المتاع، فيكون ملكاً لَمن هو في يده إن ادّعاه؛ لعدمِ المعارضِ من يد على نفسه حقيقةً أو

والحائطُ لِمَن جذوعُهُ عليه

المرادُ بالتَّعبيرِ أن يتكلَّم، ويعقلَ ما يقول، وإن كان معبِّراً ويقولُ: أنا حرّ، فالقولُ قولُه؛ لأنَّهُ في يدِ نفسِه، ولو قال: أنا عبدُ زيدٍ وهو في يدِ عمرو كان عبداً لعمرو؛ لأنَّه لَمَّا أقرَّ أنَّه عبدٌ أقرَّ أنَّه ليس في يدِ نفسِه، فيكونُ عبداً لصَّاحب اليد، وإن لم يكن معبِّراً، ويقول: أنا حرّ، لا يكونُ في يدِ نفسِه، فيكونُ عبداً لصاحبِ اليد.

أقول: اليدُ على الإنسانِ ليس دليلاً ظاهراً على الملك، فإن مَن رأى إنساناً في يدِ آخر، يتصرَّفُ فيه تصرُّفَ المُلاّك، لا يجوزُ أن يشهدَ[1] أنَّه ملكه، فإنَّ الأصلَ في الإنسانِ الحريّة(١)، فكون الصَّبيِّ الذي لا يُعَبِّرُ عبداً لصاحبِ اليدِ مشكل.

(والحائطُ[2] لِمَن جذوعُهُ عليه

حكماً، ولو كبرَ وادَّعى الحريَّة لا يقبل قولُه، فلا تزولُ يدُ مَن هو في يده إلاَّ بدليل؛ لأنّه ظهرَ عليه الرقُّ في حال صغرِه، فلا ينقضُ ذلك إلاَّ بالبيّنة، كما صرّحوا به(٢).

[1]قوله: **لا يجوزُ أن يشهد**... الخ؛ فيه نظر؛ لأنّه قد صرَّح في (كتاب الشهادة) في هذا الكتاب، وفي جميع الكتبِ بأنَّ الرجلَ إذا رأى صبيّاً لا يعبّر عن نفسِهِ جازَ له أن يشهدَ أنّه له، على أنّه لا بدَّ له على نفسِه بحسبِ الشرع، فيكون لصاحبِ اليد، فتأمّل فيه.

[2]قوله: **والحائط**... الخ؛ صورة المسألة أنَّ الحائطَ لرجلٍ عليه جذوع، أو هو متّصلٌ ببنائه، وللآخرِ عليه خشباتٌ توضعُ على الجذوع، فذلك الحائطُ يكون لصاحبِ الجذوع، والاتّصال دون الهَراديّ، وقال الشافعيّ ﷺ: لا يرجّح بوضعِ الجذوع؛ لأنّه يحتملُ أن يكون ملكه أو عاريةً أو غصباً، فلا يكون حجّة مع الاحتمال.

ولنا: إنّ صاحبَ الجذوعِ هو المستعمل، وصاحب الهَراديّ صاحبُ تعلّق، والبناء يبنى للجذوع عادة، لا لوضعِ الهَرادي، فوضعُ الجذوع علامةُ ملكه، ومثل هذا يصلحُ أن يكون علامةَ كما إذا اختلف الزوجانِ في متاع البيتِ حتى جعلَ الترجيحَ بالصلاحيَّة كما تقدَّم ذكره، فصارَ نظيرَ دابَّةٍ تنازعا فيها؛ ولأحدهما [حمل] عليها،

---

(١) الأصل في الإنسان الحرية يبطلُ إذا اعترضَ عليه ما يدلُّ على خلافه، وثبوتُ اليد دليلٌ على خلافِ ذلك الأصل؛ لأنّه دليلُ الملك، فيبطل به ذلك الأصل. ينظر: «الإيضاح»(ق١٢٢/أ).

(٢) ينظر: «التبيين»(٤: ٣٢٨)، و«النتائج»(٧: ٢٦٥).

....

....

وللآخرِ كوزٌ معلّق بها، حيث تكون الدّابةُ لصاحبِ الحملِ لا لصاحب التعلّق كما عرفت.

وإن كان لأحدهما عليه جذوع، وللآخر سترة أو حائط فالمتنازعُ فيه وهو الأسفلِ لصاحب الجذوع، والسترةُ لصاحبِ السترةِ بمنْزلة سفل لرجلٍ عليه علّو لآخر، ولا يؤمرُ صاحبُ السترةِ برفعِ السترةِ إلا أن يثبتَ مدَّعي الحائط استحقاقَ الحائطِ بالبيّنة، فحينئذٍ يؤمرُ صاحبُ السترةِ برفعها.

وإن كان لأحدهما على الحائطِ المتنازع فيه جذوع، وللآخر اتّصال بهذا الحائط من جانبٍ واحد، فعندنا: صاحبُ الجذوعِ أولى. كذا في «فتاوى قاضي خان»، وفيه أيضاً: لو كان لأحدهما جذعٌ أو جذعانِ دون الثلاث، وللآخر عليه ثلاثة أجذاع، أو أكثر.

ذكر في «النوازل»: إنَّ الحائطَ يكون لصاحب الثلاث، ولصاحب ما دون الثلاث موضعُ جذعه، قال: وهذا استحسان، وهو قولُ أبي حنيفةَ ﷺ وأبي يوسفَ ﷺ آخراً، وقال أبو يوسفَ ﷺ: القياسُ أن يكون الحائطُ بينهما نصفين، وبه كان أبو حنيفةَ ﷺ يقول أوّلاً ثمَّ رجعَ إلى الاستحسان. انتهى. وإن شئتَ زيادةَ التفصيل فارجعْ إليه، فإنَّ فيه شفاء لكلِّ عليل[1].

ولو كان لكلِّ واحدٍ منهما عليه جذوع ثلاثة، فهو بينهما؛ لاستوائهما، ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة، ولو كان لأحدهما جذوع، وللآخرِ اتّصال، فالأوّل أولى، ويروى الثاني أولى.

وجه الأوَّل أنَّ لصاحبِ الجذعِ التصرُّف، ولصاحبِ الاتّصال اليد، والتصرُّف أقوى.

ووجه الثاني: إنَّ الحائطين بالاتّصالِ يصيران كبناءٍ واحد، ومن ضرورة القضاءِ له ببعضه القضاءُ بكلّه. كذا في «الهداية»[2].

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣٢٦ - ٣٢٧).

(٢) «الهداية»(٣: ١٤٥).

أو متَّصلٌ ببنائِهِ اتّصالَ تربيعٍ لا لمن له عليه هَرَادِيّ

أو متَّصلٌ ببنائِهِ اتّصالَ تربيعٍ[1])، اتصالُ التربيع: اتصالُ جدارٍ بجدارٍ بحيث تتداخلُ لَبِناتُ هذا الجدارُ في لَبِناتِ ذلك، وإنّما سمّى اتّصالَ التَّربيع؛ لأنّهما إنّما يُبْنَيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مُرَبَّع، **(لا لمن له عليه هَرَادِيّ)**

والجذوع: جمع جذع، وهو بالكسر: ساق النخلة، ويسمى سهم السقف جذعاً. كذا في «المصباح المنير»(١).

[1]قوله: **اتصال تربيع**؛ قال في «المحيط»: الأيدي في الحائطِ على ثلاث مراتب: اتصال تربيع، واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع، ومحاذاة بناء، فأولاهم صاحب التربيع، ثم صاحبُ جذوع، ثم صاحب المحاذاة. انتهى.

وقال العلامةُ البحرُ قاضي خان في «فتاواه»(٢): اختلفوا في تفسيرِ اتَّصال التربيع، قال الكَرْخيُّ ﷺ [في] تفسيره: مداخلةُ أنصافِ اللَّبِنِ من جانبيِّ الحائطِ المتنازع فيه بحائطين لأحدهما، والحائطان متَّصلان بحائط له بمقابلةِ الحائط المتنازع فيه، حتى يصيرَ مربّعاً شبه القبة، فيكون الكلُّ في حكمِ بناءٍ واحد، وبه أخذ بعضُ المشايخ.

وعن أبي يوسفَ ﷺ: تفسيرُ اتِّصال التربيعِ الذي به ترجّح صاحبُ الاتّصال على صاحبِ الجذوعِ اتّصال جانبيّ الحائطِ المتنازع فيه بمداخلةِ أنصافِ اللَّبن بحائطٍ لأحدهما.

فأمَّا اتّصالُ الحائطين بحائطِ أخرى في مقابلةِ الحائطِ المتنازع فيه غير معتبر، وعليه أكثر المشايخ، منهم: شمسُ الأئمّة السَّرَخْسِيُّ ﷺ، فهو أولى من صاحبِ الجذوع، ولا يؤمرُ صاحبُ الجذوعِ برفع الجذوع؛ لأنَّ صاحب الاتّصال استحقَّ الحائطَ المتنازع فيه بنوعٍ ظاهر، فلا يستحقّ به برفعِ الجذوعِ على صاحب الجذوع. انتهى.

وذكر في «الكفاية»(٣) نقلاً عن (حيطان) «الذخيرة» تفسير التربيع: إذا كان الحائطُ من مدر أو آجر أن تكونَ أنصاف لَبِنِ الحائط المتنازعِ فيه داخلةٌ في أنصافِ لَبِن الغير المتنازع فيه، وأنصاف لَبِن غير المتنازع فيه داخلةٌ في المتنازع فيه، وإن كان الجدارُ من

---

(١) «المصباح»(١: ١٤٨).

(٢) «الفتاوى الخانية»(٢: ٤١٧).

(٣) «الكفاية»(٧: ٢٦٨).

بلِ هو بين الجارين لو تنازعا، وذو بيتٍ من دار كذي بيوت منها في حقِّ ساحتِها

المراد بالهَرَادي(١): الخشباتُ التي توضعُ على الجذوع[1]، **(بل هو بين الجارين لو تنازعا)**: أي إذا كان لأحدِهما عليه هَراديّ، ولا شيءَ للآخر عليه، فهو بينهما[2].

(وذو بيتٍ[3] من دار كذي بيوت منها في حقِّ ساحتِها)، بناءً على أن لا يرجِّح بكثرةِ العلّة.

خشبٍ فالتربيعُ أن يكون ساجةُ أحدهما مركّبة في الأخرى، وأمّا إذا نقبَ فأدخلَ لا يكون تربيعاً، ويكون اتّصال مجاورةٍ وملازقة. انتهى.

[1]قوله: **توضع على الجذوع**؛ ويلقى عليها التراب، فإنّها غير معتبرة، وكذا البواري؛ لأنّه لم يكن استعمالاً له وضعاً إذ الحائطُ لا يبنى لهما بل للتسقيف، وهو لا يمكن على الهراديّ والبواريّ. كذا في «الدرر»(٢).

[2]قوله: **فهو بينهما**؛ أي فذلك الحائطُ يقضي به بينهما على السويّة؛ لاستوائهما؛ لأنَّ وضعَ الهراديّ والبواريّ لا يثبتُ لصاحبهما على الحائطِ يداً؛ لأنَّ الحائطَ للتسقيف؛ وذلك بوضعِ الجذوعِ عليه، لا بوضعِ الهرادي والبواري؛ لأنَّ وضعَ الهرادي والبواري إنّما يكونُ للاستظلال، والحائطُ لا يبنى له، ذكره العينيّ(٣)، وغيره.

وهذا إذا علمَ أنّه في أيديهما، ولا يرجّح صاحبُ الهرادي، صرَّح به الزَّيلعيّ في «شرح الكَنْز»(٤).

وأيضاً قال فيه: وإن كان لأحدهما جذعٌ واحدٌ ولا شيءَ للآخر اختلفَ المشايخ فيه، قيل: هما سواء؛ لأنَّ الواحدَ لا يعتدّ به، وقيل: صاحبُ الجذع أولى؛ لأنَّ الحائطَ قد يبنى لجذع واحد، وإن كان ذلك غير غالب، وإن كان لأحدهما هرادي أو بواري ولا شيءَ للآخر فهو بينهما، والهرادي لا تعتبر. انتهى.

[3]قوله: **وذو بيت... الخ**؛ يعني إذا كان بيت من دار فيها بيوتٌ كثيرةٌ في يدِ زيد

---

(١) هَرَاديّ: هو أطراف القصب التي توضع على الحائط في البناء. ينظر: «طلبة الطلبة»(ص١٢٠).

(٢) «درر الحكام»(٢: ٣٥٠).

(٣) في «رمز الحقائق»(٢: ٢٤٩).

(٤) «تبيين الحقائق»(٤: ٣٢٦).

أرضٌ ادَّعى رجلٌ أنَّها في يدِه، وآخر كذلك، وبَرْهَنا، قضى بيدهما، فإن بَرْهَنَ أحدُهما أو كان لبن فيها، أو بَنَى، أو حَفَر

(أرضٌ ادَّعى رجلٌ أنَّها في يدِه، وآخر كذلك، وبَرْهَنا، قضى بيدهما[1]، فإن بَرْهَنَ[2] أحدُهما أو كان لبن فيها، أو بَنَى، أو حَفَر

مثلاً، والبيوتُ الباقيةُ في يدِ بكر، فذو بيتٍ واحد، كذي بيوتٌ في حقِّ ساحتها، فالساحةُ بينهما نصفان؛ لأنَّ الترجيحَ بالقوَّةِ لا بالكثرة، كما عرفتَ غير مرّة.

وأيضاً الساحةُ يحتاجُ الملاّكُ إليها لاستعمالها في أنواعِ المرافقِ من المرورِ فيها، والتوضؤ، وكسرِ الحطب، ووضعِ الأمتعة، ونحو ذلك من أنواعِ المنافع، وهما في ذلك سواء، فينصّف بينهما، فصارت نظيرَ الطريق، فإنّه يستوي فيه صاحبُ البيتِ وصاحبُ المنْزل، وصاحب الدار، وصاحب بيت وصاحب بيوت.

بخلاف ما إذا تنازعا في الشرب، فإنّه يقدَّرُ بالأرضِ لقدر سقيها؛ لأنَّ الشربَ يحتاجُ إليه لأجل سقي الأرض، فعند كثرةِ الأراضي تكثرُ الحاجةُ إليه، فيتقدَّرُ بقدرِ الأراضي، بخلافِ الانتفاعِ بالساحة، فإنَّه لا يختلفُ باختلافِ الأملاكِ كالمرورِ في الطريق.

[١]قوله: **قضى بيدهما**؛ لأنَّ اليدَ في الأرضِ غير مشاهدة؛ لتعذُّرِ إحضارها في مجلسِ القاضي، وما غابَ عن علم القاضي، فالبيّنة تثبته(١).

[٢]قوله: **فإن برهن**... الخ؛ وإن طلبَ كلُّ واحدٍ يمينَ صاحبه ما هي في يده حلف كلُّ واحدٍ منهما ما هي في يدِ صاحبِهِ على البتات، فإن حلفا لم يقضِ باليدِ لهما، وبرئ كلُّ واحدٍ منهما عن دعوى صاحبه، وتوقفُ الدَّارُ إلى أن يظهرَ حقيقةُ الحال.

وإن نكلا قضى لكلِّ واحداً منهما بالنصفِ الذي في يدِ صاحبه، وإن نكلَ أحدُهما قضى عليه بكلّها للحالفِ: نصفُها [الذي] كان في يدِه، ونصفها [الذي] كان للذي في يدِ صاحبِهِ بنكولِه، وإن كانت الدارُ في يدِ ثالثٍ لم تنْزعْ من يدِه؛ لأنَّ النّكولَ ليس بحجَّةٍ في حقِّ الثالث. كذا في «الكفاية»(٢).

---

(١) ينظر: «درر الحكام»(٢: ٣٥٠).

(٢) «الكفاية»(٧: ٢٧٣).

قضى بيده

قضى بيده[1]) : فإنَّ الاستعمالَ دليلُ اليد.

[١]قوله: **قضى بيده**؛ أمّا إذا برهنَ أحدهما فلقيامِ الحجّة؛ لأنَّ اليدَ حقٌّ مقصود، فلا يستحقّ أحدهما بغيرِ حجّة، وأمّا إذا كان ليس فيها[لبن] أو مبنيٌّ أو حفر؛ فلأنَّ الاستعمالَ فيها دليلُ اليد، وهو قد وجد.

باب دعوى النسب[1]

(مبيعةٌ[2] وَلَدَتْ

[١]قوله: باب دعوى النسب؛ لَمّا فرغَ من بيانِ دعوى الأموالِ شرعَ في بيانِ دعوى النسب، وقدّم الأوّل لأنّه أكثر وقوعاً، فكان أهمّ ذكراً. كذا في «النتائج»(١).

والنَّسب محركة: نزاديا قرابت آبائي خاصّة، أنساب جمع. كذا في «منتهى الأرب»، يقال: نسبته إلى أبيه نسباً من بابِ طلب عَزَوْته إليه، وانتسبَ إليه: اعتزى، وقيل: الاسم النِّسبة بالكسر، فتجمعُ على نِسَب، مثل: سدرة وسدر، وقد تضمّ، فيجمع مثل: غُرفة وغُرف، قال ابنُ السِّكِّيت: ويكون من قِبل الأب، ومن قبيل الأمّ، ويقال: نَسَبه إلى بني تميم؛ أي هو منهم، والجمع أنساب، مثل: سبب وأسباب. كذا في «المصباح المنير»(٢).

[٢]قوله: مبيعة...الخ؛ توضيحُ المقام: إنَّ رجلاً إذا باعت أمةً فولدتْ عند المشتري، فإن جاءت بالولدِ لأقلَّ من ستَّة أشهرٍ من وقتِ البيعِ وادَّعى البائعُ الولدَ أو شهدَ شاهدان على إقرارِ البائعِ به يثبت نسبه منه، فتصير الجاريةُ أمَّ ولدٍ له، وينتقضُ البيعُ ويردُّ الثمنَ على المشتري.

وإن ادَّعاه المشتري صحَّت دعوته، ويثبتُ النسبُ منه، وصارتِ الجاريةُ أمَّ ولدٍ له، وكانت دعوى المشتري دعوى تحرير، حتى كان للمشتري ولاء على الولد، وإن ادّعياه معاً فدعوةُ البائعِ أولى، وإن ادَّعياه على التعاقبِ فالسابقِ منهما أولى، أيُّهما كان.

وإن جاءت بالولدِ بستَّةِ أشهرٍ فصاعداً ما بينهما وبين سنتين من وقت البيع، وقد علم ذلك، فإن ادَّعى البائع نسبَ الولد وحدَه لا تصحُّ دعوتُهُ إلاَّ بتصديقِ المشتري، وإن ادَّعاه المشتري وحدَه صحَّت دعوته، ويجب أن تكون دعوتُه دعوى استيلاد، حتى كان الولدُ حرَّ الأصل، ولا يكون للمشتري ولاء، وإن ادَّعياه معاً أو متعاقباً تصحّ دعوةُ المشتري دون البائع.

---

(١) «نتائج الأفكار»(٧: ٢٧٣).

(٢) «المصباح المنير»(٢: ٩٢٩).

لأقلَّ من نصفِ حولٍ منذ بيعت، فادَّعى

لأقلَّ من نصفِ حولٍ[١] منذ بيعت، فادَّعى[٢]

وإن جاءت بولدٍ لأكثرَ من سنتين لا تصحُّ دعوةُ البائع إلا بتصديقِ المشتري، فإن صدّقه المشتري يثبتُ منه النسب، ولا ينتقضُ البيع، ولا تصير الجاريةُ أمَّ ولد له، ويبقى الولدُ ملكاً للمشتري، وإن ادّعاه المشتري وحده، صحَّت دعوتُه، وكانت دعوتُه دعوة استيلاد، وإن ادّعياه معاً أو متعاقبان تصحّ دعوة المشتري. كذا في «الفتاوى الهندية»(١) نقلاً عن «المحيط».

والمرادُ من المبيعةِ هاهنا: الجاريةُ التي لا تباعُ إلاَّ مرَّة، كما هو المتبادر، فبهذا اندفعَ ما قيل: إنّه وجبَ على المصنِّفُ ﷺ أن يقول: منذ بيعت، وقد ملكها سنتين احترازاً عمّا إذا بيعت مرّتين، فولدت لأقلّ من ستَّة أشهر، فإنّه حينئذٍ لم يتيقّن أنَّ العلوق في ملكِ البائع أو المشتري.

[١]قوله: **لأقلَّ من نصفِ حول**؛ أفاد أنّهما اتّفقا على المدّة، وإلا ففي «التاتارخانية» عن «الكافي»: قال البائع: بعتُها منك منذ شهر، والولد منّي، وقال المشتري: بعتُها منّي لأكثرَ من سنة، الولد ليس منك، فالقولُ للمشتري بالاتّفاق، فإن أقاما البيّنة فالبيّنةُ للمشتري أيضاً عند أبي يوسفَ ﷺ، وعند محمَّد ﷺ للبائع. ذكره الشاميّ ﷺ(٢)، وصرَّح به في «الدرّ المختار»(٣) أيضاً.

وقال في «الفتاوى الهندية»(٤): فإن اختلفا في المدَّةِ لا تصحُّ دعوةُ البائعِ إلا بتصديقِ المشتري، وتصحُّ دعوة المشتري، فإن ادّعياه معاً لا تصحُّ دعوةُ واحدٍ منهما، وإن سبقَ المشتري صحَّت دعوته، وإن سبقَ البائعُ لا تصحُّ دعوةُ واحدٍ منهما. انتهى بقدر الضرورة.

[٢]قوله: **فادّعى**؛ التفريعُ إشارةٌ إلى أنّه لو ادَّعى قبل الولادة لم يثبتْ نسبُهُ منه، بل هو موقوف، فإن ولدتْ حيّاً ثبت، وإلا فلا، كما صرَّحوا به، واعلم أنَّ الدعوةَ نوعان:

(١) «الفتاوى الهندية»(٤: ١١٥).

(٢) في «رد المحتار»(٤: ٤٤٤).

(٣) «الدر المختار»(٤: ٤٤٤).

(٤) «الفتاوى الهندية»(٤: ١١٥).

البائعُ الولدَ يثبت نسبُه منه وأُمّيّتُها، ويفسخُ البيع، ويردُّ الثّمنُ، وإن ادَّعاه المشتري مع دعوتِه، أو بعدها

البائعُ[١] الولدَ يثبت نسبُه منه وأُمّيّتُها، ويفسخُ[٢] البيع، ويردُّ الثّمنُ[٣]، وإن ادَّعاه[٤] المشتري مع دعوتِه، أو بعدها)، هذا[٥] عندنا، وعند زُفَرَ والشَّافِعِيِّ ﷺ دعوتُه باطلة؛ لأنَّ البيع اعترافٌ منه بأنّها أمّة، فبالدَّعوة يصيرُ مناقضاً.

ولنا: إنَّ العلوقَ أمرٌ خفيٌّ فيُعْفَى فيه التَّناقض، وكونُ العلوقِ في يدِ البائعِ دليلٌ على أنّه منه، وإنّما قال: وإن ادَّعاهُ المشتري مع دعوتِه، أو بعدَها، حتّى لو ادَّعى المشتري قبل دعوةِ البائعِ يثبتُ من المشتري، ويحملُ على أن المشتري نكحَها، واستولدها، ثُمَّ اشتراها.

أحدهما: دعوة الاستيلاد، وهو أن يكون العلوقُ في ملكِ المدّعي.

والثاني: دعوةُ التحرير، وهو أن لا يكونَ العلوقُ في ملكِ المدّعي، والأوّل أولى؛ لأنّه أسبق؛ لاستنادها إلى وقتِ العلوق، واقتصار دعوةِ التحرير [على الحال]. كذا في «المنح»(١).

[١]قوله: البائع؛ ولو كانت الجاريةُ بين جماعةٍ فشراها أحدُهم، فولدت فادّعوه جميعاً ثبت نسبُها منهم عند أبي حنيفةَ والحسن وزفر ﷺ، وقالا: إن كانت بين اثنين ثبتَ النسب، وإلاّ فلا. ذكره القُهُسْتَانِيُّ(٢) نقلاً عن «النظم».

[٢]قوله: ويفسخ البيع؛ لأنَّ بيعَ أمِّ الولدِ لا يجوز، فإذا ثبتَ أُمّيّتُها انفسخَ البيع.

[٣]قوله: ويردّ الثمن؛ إذا كان منقوداً فإنّ قبضَه صار بغيرِ حقّ؛ لانفساخِ البيع.

[٤]قوله: وإن ادَّعاه المشتري مع دعوتِه أو بعدها؛ لأنَّ دعوةَ البائع أسبقُ إذ سبقها ظاهر، إذ كانت قبل دعوة المشتري، وأمّا إذا كانت مع دعوةِ المشتري؛ فلأنَّ دعوةَ البائعِ مستندةٌ إلى وقتِ العلوق؛ لكونها دعوةُ استيلاد، ودعوةُ المشتري مقتصرةٌ على الحال؛ لكونها دعوةُ تحرير، فكانت دعوةُ البائعِ سابقة، فتكون أولى، ويثبتُ نسبُهُ منه، وأمّا إذا ادّعاه المشتري أوّلاً يثبتُ النسبُ منه، ولا يثبتُ نسبُ البائعِ كما ذكرناه؛ لاستغناءِ الولدِ عن النسب.

[٥]قوله: هذا... الخ؛ يعني ثبوتُ نسبِ ذلك الولد من البائع، وأمته تلك

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٧٤/أ).

(٢) في «جامع الرموز»(٢: ٢٧٥).

وكذا لو ادَّعاهُ بعدِ موتِ الأُمِّ بخلافِ موتِ الولدِ

(وكذا لو ادَّعاهُ بعدِ موتِ الأُمِّ بخلافِ موتِ الولدِ): يعني إن ماتت الأمةُ والولدُ حيٌّ فادَّعاهُ البائع، وقد جاءت به لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ يثبتُ النَّسبُ منه، وإن ماتَ الولدُ لا؛ لأنَّ الولدَ أصلٌ[1] في ثبوتِ النَّسب، قال ﷺ: «أعتقها ولدها»(1)

الجارية، وفسخُ البيع وردّ الثمن قولنا: وهو استحسان، وقال زفر والشافعي ﷺ، وهو القياس: إنّ دعوةَ البائع باطلةٌ؛ لأنَّ إقدامَه على البيعِ دليلٌ على أنَّ الحملَ ليس منه، إذ البيع منه اعترافٌ بأنّها أمتُه.

فإنَّ المسلمَ لا يباشرُ الباطل ظاهراً، فصارَ في دعواه مناقضاً وساعياً في نقضِ ما تمَّ من جهة، وهو البيع، فلا يقبل؛ لأنَّ التناقضَ يبطلُ الدعوى، فصار هذا بمنْزلةِ ما إذا ادّعاه أبو البائع، أو ادّعى البائعُ اعتاقها أو تدبيرها قبل البيع.

ووجه الاستحسان: إنَّ مبنى النسبِ على الخفاء؛ ولأنَّ الإنسانَ قد لا يعلم أن يكونَ العلوقُ منه، ولم يتبيَّن له أنّه منه، وإذا كان بناءُ النسبِ على الخفَاء، فيعفى فيه التناقض، ولا يمنعُ صحَّة الدعوى.

ألا ترى أنّ الزوجَ إذا أكذبَ نفسَه بعد قضاءِ القاضي بنفي النّسب باللعان، يثبتُ منه النسب، [و]يبطلُ حكمُ الحاكم، ولا ينظرُ إلى التناقضِ لمكان الخفاء في أمر العلوق، وحين يعفى فيه التناقض فتقبلُ دعوته قطعاً إذا تيقَّنَ بالعلوقِ في ملكِه وذلك بالولادة لأقلَّ من نصفِ حول؛ لأنّه بمنزلةِ إقامةِ البيّنة.

بخلاف دعوى الإعتاقِ والتدبير بعد البيع؛ لأنّه فعلُ نفسه فلا يخفى عليه، فلا يعفى فيه التناقض، وإذا صحّت الدعوى استندت إلى وقتِ العلوق، فيظهر أنّه باعَ أمَّ ولده، فيفسخ البيع؛ لعدمِ جوازِ بيعها، ويردّ الثمن؛ لأنَّ سلامةَ الثمن بيّنةٌ على سلامةِ المبيع، بخلاف دعوى أبِ البائع؛ لعدمِ انعقادِ البيع على ملكه إذ كان له حقُّ التملّكِ على ولده، وقد زال ذلك بالبيع(2).

[1]قوله: لأنَّ الولدَ أصل... الخ؛ يعني إنَّ الولدَ هو الأصلُ في بابِ النسب، والأمّ تبعٌ له ألا ترى أنها تضاف إليه فيثبت نسبه أوَّلاً فيعتقُ ثمّ تبيعُه أمُّه فيثبت لها حقُّ الحريّة

(1) من حديث ابن عباس ﷺ في «سنن ابن ماجه»(٨٤١)، و«المستدرك»(٢: ٢٣)، و«سنن البيهقي الكبير»(١٠: ٣٤٦)، و«سنن الدارقطني»(٤: ١٣١)، و«مسند ابن الجعد»(١: ٢٦٥)، وغيرها، قال ابن القطان: له إسناد جيد. ورواه ابن حزم بإسناد صحيح وصححه، وله شواهد كثيرة. ينظر: «الدراية»(٢: ٨٧)، و«الخلاصة»(٢: ٤٦٤)، وغيرهما.
(2) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣٢٩).

ولو ادَّعاهُ بعد عتقِها يثبت نسبُهُ ويَرُدُّ حصَّتَهُ من الثَّمن

وإذا صحَّت الدَّعوةُ بعد موتِ الأمِّ فعند أبي حنيفةَ ﷺ يردُّ كُلَّ الثَّمن[1]، وعندهما يردُّ حصَّةَ الولدِ لا حصَّةَ الأم[2].

(**ولو ادَّعاهُ بعد عتقِها[3] يثبت نسبُهُ ويَرُدُّ حصَّتَهُ من الثَّمن**): أي لو ادَّعى البائعُ الولدَ أنّه ولدُهُ بعدما أعتقَ المشتري الأمّ، وقد جاءت به لأقلَّ من نصفِ حولٍ يثبت نسبُ الولد

بسببه، قال ﷺ: «أعتقَها ولدُها»، وأيضاً قال ﷺ: «من وطئ أمته فولدت له، فهي معتقةٌ عن دُبُر منه»(١)، رواهما ابنُ ماجة.

فإذا كان الولدُ هو الأصل كان المعيّن بقاؤه؛ لحاجةٍ إلى ثبوت النسب، ولا يضرُّه فواتُ التبع، بخلاف العكس، وهو ما إذا ماتَ الولدُ دون الأمّ، حيث لا يصحُّ دعوة في الأم؛ لأنَّ الحكمَ لا يثبتُ في التبعِ ابتداءً دون متبوعه، والولدُ قد استغنى عن النسب بالموت، فتعذّر إثباته بعد موته، ولم يتعذّر بعد موتها، فيثبت نسبه.

[١]قوله: **يردّ كلّ الثمن**؛ يعني يردُّ البائعُ إلى المشتري كلَّ الثمن؛ لأنّه تبيّن أنّه باعَ أمَّ ولده، وبيعها باطل، ولا يضمنها المشتري؛ لأنَّ ماليَّتَها غير متقوّم عنده، كالحرّ؛ ولهذا لا يضمن بالغصب عنده.

[٢]قوله: **يردّ حصّة الولد لا حصّة الأم**؛ لأنَّ ماليّتها متقوَّمة عندهم، فيضمنُ بالعقدِ والغصب، فيكونُ مضمونةً على المشتري، فإذا ردَّ الولدُ دونها يجبُ على البائع ردّ حصّة ما سَلَّم له، وهو الولد، كيلا يجتمعُ البدلُ والمبدل في ملكِه، ولا يجبُ عليه ردُّ حصَّةِ ما لم يسلّم له، وهي الأمّ. كذا في «الرمز»(٢)، وغيره.

وقال الزَّيْلَعِيُّ في «التبيين»(٣) بعد ما ذكرناه: هكذا ذكروا الحكمَ على قولهما، وكان ينبغي أن يردَّ البائعُ جميعَ الثمن عندهما أيضاً، ثمّ يرجعُ بقيمةِ الأمّ؛ لأنّه لَمّا ثبتَ نسب الولدِ منه تبيّن أنّه باعَ أمّ ولده، وبيعُ أمّ الولدِ غيرُ صحيحٍ بالإجماع، فلا يجب فيه الثمن، ولا يكون لأجزاءِ المبيع منه حصّة، بل يجبُ على كلِّ واحدٍ من المتعاقدين ردّ ما قبضَه إن كان باقياً، وإلاّ فبدله. انتهى.

[٣]قوله: **بعد عتقها**؛ أي بعد عتقِ المشتري إيّاها بأن حبلت في ملكِ رجلٍ

---

(١) في «سنن ابن ماجة»(٢: ٨٤١)، وغيرها.

(٢) «رمز الحقائق»(٢: ١٥١).

(٣) «تبيين الحقائق»(٤: ٣٣٠).

....

....

فباعَها، فولدت في يدِ المشتري، فادّعى البائعُ ذلك الولدُ بعدما أعتقها المشتري.

قال الزَّيْلَعِيُّ في «التبيين»[1]: وعتقهما كموتهما؛ أي إعتاقُ المشتري الأمّ والولد كموتهما، حتى لو أعتقَ المشتري الأمَّ دون الولدِ فادّعى البائعُ الولدَ أنّه ابنه صحَّت دعوته، وثبتَ نسبُهُ منه، ولو أعتقَ الولدَ دون الأمِّ لا تصحُّ دعوتُه لما ذكرنا أنَّ الولدَ هو الأصل، فيعتبرُ قيامُ المانع به حتى يمتنعَ الدَّعوى دون الأمّ كما قلنا في الموت.

وإنّما كان الإعتاقُ مانعاً؛ لأنّه لا يحتملُ النقص بعد ثبوته كالنسب، فصار إعتاقُه كدعوتِه أنّه ابنه؛ ولأنَّ الإعتاقَ يثبتُ الولاء، وهو كالنسب، فلا يمكن إبطاله، كما لا يمكن إبطالُ نسبِهِ بعدما ادّعاه المشتري؛ ولأنَّ للبائعَ حقّاً، وهو حقُّ دعوى النَّسب والاستيلاد، وما ثبتَ للمشتري حقيقة.

والحقُّ لا يعارضُهُ الحقيقة، والتدبير كالإعتاق؛ لأنّه لا يحتملُ النقض لما ظهر فيه بعض آثار الحرّية، وهو امتناعُ التمليك، فصار كالاستيلاد، ثمّ إن قامَ هذا المانعُ بالولدِ امتنعت دعوةُ البائعِ لما بيَّنا، وإن قامَ بالأمّ لا يمتنع، فيثبتُ نسبُهُ من البائع، ولا تصيرُ أُمُّه أمَّ ولدٍ له؛ لأنَّ العتقَ فيها لا يمكنُ نقضُه.

ولا يقال: ينبغي أن يبطلَ إعتاقُ المشتري؛ لأنَّ نسبَ الولدِ ثبتَ مستنداً إلى وقتِ العلوق، فتبيَّنَ أنّه باعَ أمَّ ولده، فلم يملكها المشتري، فيبطل البيع، كما لو ولدتِ المبيعة ولدين في بطنٍ واحد، فأعتقَ المشتري أحدَهما، ثمَّ ادَّعى البائعُ الآخرَ أنّه ابنُهُ ثبتَ نسبُهما منه، وبطلَ عتقُ المشتري؛ لأنّه يملكه ضرورةَ أنّهما خلقا من ماءٍ واحد؛ ولهذا تبطلُ سائرِ تصرُّفاتِه مثل البيع والهبة.

فكذا العتق وتوابعه؛ لأنّا نقول: ثبوتُ أموميّةِ الولدِ ليس من أحكام ثبوتِ النسب، ولا من ضروراتِه، ألا ترى أنَّ النسبَ يثبتُ في ولدِ المغرورِ وفي ولدِ الأمةِ المنكوحة، ولا تصيرُ أُمُّه أمَّ ولدٍ له، بخلافِ التوأمين؛ لأنّهما خلقا من ماءٍ واحدٍ فما ثبتَ لأحدهما من الأحكامِ ثبتَ الآخرِ ضرورة.

ثمّ إذا لم يبطل عتقُ المشتري في الأمِّ قبل البيع يردُّ من الثمنِ ما يخصُّ الولد، ولا يردُّ ما يخصُّ الجاريةَ بالإجماع هاهنا، وذكر الفرقِ لأبي حنيفةَ ﷺ في «المبسوط» بين هذا

---

(١) «تبيين الحقائق»(٤ : ٣٣٠ - ٣٣١).

....

....

وبين ما إذا ماتت الأمّ: فإنَّ البائعَ فيها يردُّ جميعَ الثمنِ عنده، وهاهنا يردُّ ما يخصّ الولدَ فقط.

والفرق أنَّ في الإعتاقِ القاضي كذَّبَ البائعَ فيما يزعمُ أنّها أمُّ ولده، حيث جعلها معتقةً به للمشتري، ولم ينفسخْ البيع بينهما، فبقيَ البيعُ صحيحاً، فيجبُ عليه ثمنُها، بخلافِ فصل الموت فإن زعمَ البائع فيه لم يبطلْ شيء، فبقي معتبراً في حقّه إذا لم يكن مكذَّباً شرعاً فيردُّ جميعَ الثمن، وفي الإعتاقِ يردُّ حصّة الولد.

ثمّ جعلَ هاهنا للمولودِ بعد القبضِ حصَّةً من الثمن، كالمولودِ قبله؛ لكونِ البائعِ بسبيل من فسخ البيع بالدعوة، فصارَ كالحادثِ قبل القبضِ في المعنى، وفي الحادثِ قبل القبض له حصَّة من الثمنِ إذا استهلكَه البائع، وقد استهلكه هاهنا بالدَّعوة، ولكونه مستخرجاً من العقد.

ومن المشايخ مَن قال: يردُّ البائع جميعَ الثمنِ هاهنا عند أبي حنيفةَ ﷺ كما في فصل الموت؛ لأنَّ أمَّ الولدِ لا قيمةَ لها عنده، ولا تضمينَ بالعقد، فيؤاخذُ بزعمه، وإليه مالَ صاحبُ «الهداية»[١] وصحَّحه، وهو يخالفُ الرواية، وكيف يقال: يستردُّ جميع الثمن، والبيع لم يبطل في الجارية، حيث لم يبطل إعتاقه، بل يردُّ حصَّة الولدِ فقط، بأن يُقسَّمَ الثمنَ على قيمتِها [بأن] يعتبرَ قيمةِ الأمِّ يوم القبض؛ لأنّها دخلت في ضمانِهِ بالقبض، وقيمةُ الولدِ يوم الولادة؛ لأنّه صارَ له القيمة بالولادة، فتعتبرُ قيمتُهُ عند ذلك. انتهى.

وذكر الإتقانيُّ: إنَّ محمّد ﷺ نصَّ عن الإمام في «الجامع الصغير»[٢]: في الأصل إنَّ الولدَ يردُّ بالحصّة من الثمن، وكذا الكَرْخِيُّ والطحاويُّ كلّ منهما في «مختصره»[٣]، وكذا شمسُ الأئمّة البَيْهَقِيُّ في «الشامل» و«الكفاية»، وأبو اللَّيثِ في «شرح الجامع الصغير» فظهرَ أنّ ما جرى عليه في «الهداية»[٤] مرجوح، وإن صحّحه. كما ذكرَه عزميَ

---

(١) «الهداية»(٣: ١٧٧).

(٢) «الجامع الصغير»(ص٤١٣).

(٣) «مختصر الطحاوي»(ص٣٥٥).

(٤) «الهداية»(٣: ١٧٧).

وبعد عتقِهِ رُدَّتْ دعواهُ، كما ولدَتْ لأكثرَ من نصفِ حول، وأقلَّ من سنتين، أو وَلَدَتْ لأكثرَ من سنتين، إلا إذا صدَّقَهُ المشتري، وإذا صدَّق، فَحُكْمُ القسمِ الثَّاني كالأَوَّل، وفي الثَّالثِ لم يبطلْ بيعُهُ

ويَرُدُّ البائعُ حصّةَ الولدِ من الثَّمن[1]، بأن يقسِّمَ الثمنَ على قيمةِ الأُمِّ وقيمةِ الولد، فما أصابَ الولدَ يَرُدُّهُ البائعُ إلى المشتري، وما أصابَ الأمَّ لا يَرُدُّه.

(**وبعد عتقِهِ رُدَّتْ دعواهُ**): أي إذا ادَّعى البائعُ الولدَ بعدما أعتقَهُ المشتري رُدَّتْ دعوة البائع[2]، (**كما**[3] **لو ولدَتْ لأكثرَ من نصفِ حول، وأقلَّ من سنتين، أو وَلَدَتْ لأكثرَ من سنتين**): أي رُدَّتْ دعوةُ البائعِ إذا كانت المدَّةُ من وقتِ البيعِ إلى وقتِ الولادةِ أكثرَ من نصفِ حول، (**إلا إذا صدَّقَهُ المشتري، وإذا صدَّق، فَحُكْمُ القسمِ الثَّاني كالأَوَّل، وفي الثَّالثِ لم يبطلْ بيعُهُ**).

زاده(1).

وكيف يستردُّ كلّ الثمنِ والبيعُ لم يبطلْ في الجارية، حيث لم يبطلْ إعتاقه، بل يردُّ حصَّةَ الولد فقط، لما ذكرناه من عبارة الزَّيْلَعِيّ.

[1]قوله: **ويردُّ البائعُ حصَّة الولد من الثمن**؛ وفي «الدار»، وغيره: إذا أعتقَ المشتري الأمّ أو دبَّرَها يردُّ البائعَ على المشتري حصَّةَ من الثمنِ عندهما، وعنده: يردّ كلّ الثمنِ في الصحيح، كما في الموت، وهكذا في «الهداية»(2).

والمصنّف ﷺ اختارَ ما في «المبسوط» حيث قال: يردُّ حصَّته من الثمن لا حصّتها بالاتّفاق، وفرّق على هذا بين الموتِ والعتق؛ بأنَّ القاضي كذّب البائع إلى آخر ما ذكرناه سابقاً فتذكّر.

[2]قوله: **ردَّت دعوةُ البائع**؛ بعدم حاجتِهِ إلى النسبِ بعد الموت، وكذا بعد عتقِهِ لما ذكرَه أنَّ الولدَ هو الأصل، والأم تتبعه.

[3]قوله: **كما لو ولدت**؛ يعني أنَّ الجاريةَ المبيعةَ لو ولدت لأكثرَ من نصف حول من وقتِ البيع، والأقلّ من سنتين لم تقبلْ دعوةُ البائع؛ لاحتمالِ العلوقِ بعد البيع،

(1) في «نتائج الأفكار»(٧: ٢٨٢).

(2) «الهداية»(٣: ١٧٧).

وهي أُمُّ وَلَدِهِ نكاحاً

القسمُ الأَوَّلُ: ما إذا ولدتْ لأقلَّ من نصفِ حولٍ من زمانِ البيع.

والثَّاني: ما إذا وَلَدَتْ لأكثرَ من نصفِ حولٍ وأقلَّ من سنتين.

والثَّالثُ: ما إذا وَلَدَتْ لأكثرَ من سنتين.

ففي القسمِ الثَّاني: يثبتُ نسبُهُ وأُمِّيَّتُها، ويفسخُ البيعُ، ويردُّ الثَّمنَ كما في القسم الأَوَّل، (**وهي أُمُّ وَلَدِهِ**[1] **نكاحاً**): أي أُمُّ الولدِ نكاحاً: هي أمةٌ وَلَدَتْ من زوجِها فملَكَها الزَّوج، أو أمةٌ ملَكُها زوجها فولَدَتْ فادَّعى الولدَ، وهاهنا يُحْمَلُ على هذا.

فلم يوجد المصحّح فيه بيقين، فلم تصحّ إلاّ بتصديقِ المشتري، فإن صدَّقَه ثبتَ النسبُ لتصادقهما فيه، ويبطلُ البيعُ لاستنادِ العلوقِ إلى ما قبلَ البيع؛ لإمكانه، فيتبيَّن أنّه باعَ أمَّ ولدِه ويكونُ الولدُ حُرّاً، والأمُّ أمّ ولدٍ له تبعاً للولد.

ولو ولدت لأكثرَ من سنتين من وقتِ البيع رُدَّت دعوةُ البائع إلاّ إذا صدَّقه المشتري، فيثبت النسبُ منه، ويحملُ على أنَّ البائعَ استولدها بحكمِ النكاحِ حملاً لأمره على الصلاح، ويبقى الولدُ عبداً للمشتري، ولا تصيرُ الأمةُ أمَّ ولدٍ للبائع؛ لأنَّ العلوقَ حادثٌ بعد البيع، ولا يستندُ إلى ما قبل البيع حتى يبطل، فكانت هذه الدّعوة دعوةُ تحرير، فلا ينفذُ إلا في الملك، إذ لا يقدرُ غيرُ المالك على التحرير.

[1] قوله: **وهي أمُّ ولده**، على المعنى اللّغوي أي أنّها كانت زوجتُه، وأتت منه بولد، وليست أمَّ ولدٍ له بالمعنى الاصطلاحي، وهي مَن استولدها في ملكِه لما تقدَّم من تيقُّن أنّها في غير ملكه نكاحاً: أي إنّ المشتري أنكحَها له بعد أن دخلت في ملكه واستولدها، ويعطي الولدَ حكمَ ولد أمة الغير المنكوحة، فيكون للمشتري والنسبُ ثابت من البائع، ويبقى الولد عبداً، فهو كالأجنبيِّ إذا ادّعاه؛ لأنّه بتصادقهما أنَّ الولدَ من البائعِ لا يثبتُ كون العلوق في ملكِه؛ لأنَّ البائعَ لا يدَّعي ذلك.

وكيف يدّعي والولدُ لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، فكان حادثاً بعد زوالِ ملك البائع، وإذا لم يثبت العلوقُ في ملكِ البائعِ لا يثبتُ حقيقةُ العتقِ للولد، ولا حقَّ العتقِ للأمة، ولا يظهرُ بطلان البيع، ودعوى البائع هاهنا دعوى تحرير وغير المالك ليس بأهلٍ لها كما ذكرناه مفصّلاً.

ولو باعَ من وُلِدَ عندَه، ثُمَّ ادَّعاهُ بعد بيعِ مشتريه صحَّ نسبُه، وَرُدَّ بيعُه، وكذا لو كاتبَ الولدَ أو الأُمّ، أو رَهَن، أو أجَّر، أو زوَّجَها، ثُمَّ ادَّعاه صحَّتْ الدِّعوةُ في حقِّ الأمِّ والولدِ جميعاً، وينقضُ هذه التَّصرّفات، ويردُّ الجاريةَ على البائع

(ولو باعَ[١] من وُلِدَ عندَه، ثُمَّ ادَّعاهُ بعد بيعِ مشتريه صحَّ نسبُه، وَرُدَّ بيعُه[٢]، وكذا لو كاتبَ الولدَ أو الأُمّ، أو رَهَن، أو أجَّر، أو زوَّجَها، ثُمَّ ادَّعاه صحَّتْ الدِّعوةُ في حقِّ الأمِّ والولدِ جميعاً، وينقضُ هذه التَّصرّفات[٣]، ويردُّ الجاريةَ على البائع).

اعلم[٤] أنَّ عبارةَ «الهداية» كذلك: ومَن باعَ عبداً وُلِدَ عنده[٥]، وباعَهُ المشتري من آخر، ثُمَّ ادَّعاه البائعُ الأوَّل، فهو ابنُه، وبطلَ البيع؛ لأنَّ البيعَ يحتملُ النقضَ، وماله من حقِّ الدّعوة لا يحتملُه، فينتقضُ البيعُ لأجلِه، وكذلك إذا كاتبَ الولدَ، أو رَهَنَه، أو أَجَّرَه، أو كاتبَ الأمّ، أو رَهَنَها، أو زَوَّجَها، ثُمَّ كانتَ الدّعوة

[١]قوله: ولو باع... الخ؛ يعني لو باعَ رجلٌ عبداً ولدَ عنده، وكان أصلُ العلوقِ في ملكِهِ وباعَه المشتري من آخر ثمَّ ادّعاهُ البائعُ الأوّل، فهو ابنُهُ لكونِ العلوقِ في ملكِه، فهو كالبيِّنة الشاهدةِ له على مُدَّعاه، أمّا إذا كان العلوقُ عند غيرِه والوضع عنده فهي دعوةُ تحرير، كما صرّحوا به.

[٢]قوله: وردَّ بيعه؛ لأنَّ البيعَ يحتملُ النقضَ وماله من حقِّ الدعوةِ لا يحتملُهُ فينتقضُ البيعُ لأجلِه.

[٣]قوله: وينقض هذه التصرفات؛ من الكتابةِ والرهن والإجارة والتزويج، والسرّ فيه: أنّ هذا التعويض يحتمل النقض فينتقض ذلك كلّه، وتصحُّ الدعوةُ من البائع بخلاف الإعتاقِ والتدبير، فإنّهما لا يحتملان النقض، وبخلاف ما إذا ادّعاه المشتري أوَّلاً ثمَّ ادّعاه البائع حيث لا يثبتُ النسبُ من البائع؛ لأنَّ النَّسبَ الثابتَ من المشتري لا يحتملُ النقض، فصار كإعتاقِه حيث يرجّح على حقّ البائع.

[٤]قوله: اعلم... الخ؛ الغرضُ من نقلِ عبارةِ «الهداية»[١] إيرادُ الإشكالِ في مرجعِ ضميرِ الفاعل في قوله: كاتب، ودفعه باختلاف المرجعين.

[٥]قوله: ولد عنده؛ أي كان أصل العلوق في ملكه.

(١) «الهداية»(٣: ١٧٧).

....

لأنَّ هـذه العـوارضَ تحتملُ النَّقضَ، فينتقض ذلك كلُّه وتصحُّ الدَّعوةُ بخلافِ الاعتاقِ والتَّدبير على ما مرَّ.

أقولُ[١]: ضميرُ الفاعلِ في: كاتَب؛ إن كان راجعاً إلى المشتري، وكذا في قوله: أو كاتبَ الأُمَّ يصيرُ تقديرُ الكلام: ومَن باعَ عبداً وُلِدَ عنده، أو كاتبَ المشتري الأُمّ، وهذا غيرُ صحيح؛ لأنَّ المعطوفَ عليه بيعُ الولدِ لا بيعُ الأُمّ، فكيف يصحُّ قولُه، أو كاتب المشتري الأُمّ، وإن كان راجعاً إلى مَن في قوله: ومَن باعَ عبداً؛ فالمسألةُ أن رجلاً كاتبَ مَن وُلِدَ عنده، أو رَهَنَه، أو أَجرَه، ثُمَّ كانت الدِّعوة، وحينئذٍ لا يحسن قولُهُ بخلافِ الإعتاق؛ لأنَّ مسألةَ الإعتاقَ التي مرَّت ما إذا أعتقَ المشتري الولد؛ لأنَّ الفرقَ الصَّحيح أن يكونَ بين إعتاق المشتري وكتابته، لا بين إعتاقِ المشتري وكتابة البائع.

إذا عرفتَ هذا فمرجعُ الضَّميرِ في كاتب الولدَ هو المشتري، وفي كاتبَ الأُمِّ من في قوله: من باع.

---

[١]قوله: أقول: حاصلُه: إنَّ ضميرَ الفاعلِ في قوله: كاتَب الولد وكاتَب الأمّ لا يخلو: إمّا أن يكون راجعاً إلى المشتري، أو إلى من في قوله: مَن باع، وعلى كلا التقديرين يفسد المعنى، فلا بُدَّ من إرجاعه، بحيث يصحّ المعنى، وهو أن يرجعَ الضمير في قوله كاتب الولد إلى المشتري، وفي قوله: كاتب الأم إلى من في قوله: من باع.

فحينئذٍ يكون المعنى سالماً عن الفساد، وهاهنا كلامٌ نفيس، وهو أنّه يحتملُ أن يكون قوله: أو كاتبُ الأمّ؛ إشارة إلى مسألة أخرى، صدَّرها بمحذوف لانفهامه من السياق، وهو أنّه باعَ أمَّ مَن وُلِدَ عنده، وكاتَبَ المشتري فلم يتّجه الإيرادُ باختيارِ الشق الأوّل، كما لا يخفى على المتفطّن.

ويمكن أن يقال: إنَّ المرجعَ فيهما المشتري، وقوله: لأنَّ المعطوف عليه بيعُ الولدِ لا بيعُ الأمّ، مدفوعٌ بأنَّ المتبادرَ بيعه مع أمِّه بقرينةِ سوق الكلام، ودليلُ كراهةِ التفريق بحديثِ سيّد الأنام عليه وعلى آله التحيّة والسلام.

نعم؛ كان مقتضى ظاهرُ عبارةِ «الوقاية» أن يقال: بالنظر إلى قوله: بعد بيع

ولو باعَ أحدَ توأمين وُلِدَا عنده، وأعتقَهُ مشتريه، ثُمَّ ادَّعى البائعُ الآخرَ ثَبَتَ نسبُهما منه، وبطلَ عتقُ المشتري، ولو قال لصبيٍّ معه: هو ابنُ زيد، ثُمَّ قال: هو ابني، لم يكنْ ابنُه

(**ولو باعَ أحدَ توأمين وُلِدَا عنده، وأعتقَهُ مشتريه، ثُمَّ ادَّعى البائعُ الآخرَ ثَبَتَ نسبُهما منه، وبطلَ عتقُ المشتري**)؛ لأنَّ من ضرورةِ ثبوتِ[1] نسبِ أحدِهما ثُبُوتُ نسبِ الآخر، والتوأمان[2]: ولدانِ بين ولادتِهما أقلُّ من ستَّةِ أشهر.

(**ولو قال لصبيٍّ معه[3]: هو ابنُ زيد، ثُمَّ قال: هو ابني، لم يكنْ ابنُه[4]**

مشتريه، وكذا بعد كتابةِ الولدِ ورهنه... الخ، لكنّه سهو، كذا في «حاشية العلامة الشامي على الدر»(١).

[١]قوله: **لأنَّ من ضرورةِ ثبوت**... الخ؛ تقريره: إنَّ التوأمين خُلِقا من ماء واحد، فثبوتُ نسب أحدِهما يستلزمُ ثبوتَ نسبِ الآخر؛ لأنَّ التوأمين ولدان بين ولادتهما أقلّ من ستّة أشهر، فلا يتصور علوقُ الثاني حادثاً بعد ولادة الأوّل؛ لأنّه لا حبلَ لأقلَّ من ستّة أشهر، ولا يتصوَّر علوقُ الثاني على علوق الأوّل؛ لأنَّ المرأةَ إذا حبلت ينسد فم رحمها ولا ينفتح إلاَّ لخروج الولد.

[٢]قوله: **والتوأمان**؛ التوأم اسم لولدٍ يكون معه آخر في بطن واحد، لا يقال: توأم إلاَّ لأحدهما، وهو فوعل، والأنثى توأمه: وزان جوهر وجوهرة، والولدان توأمان، والجمع توأم وتوائم، وزان دخان، وأتأمت المرأة وزان أكرمت: وضعت اثنين من حملٍ واحد، فهي متئم بغير هاء. كذا في «المصباح المنير»(٢).

[٣]قوله: **معه**؛ ولا يشترطُ لهذا الحكم أن يكونَ الصبيُّ في يده، واشتراطُه في «الكتاب» وقعَ اتّفاقاً. صرَّحَ به الزَّيْلَعِيُّ(٣)، وغيره.

[٤] قوله: **لم يكن ابنه**؛ لا حالاً ولا استقبالاً، أمّا حالاً فظاهر؛ لوجود المانع هو تعلّق حقّ مثلاً الغير، وأمّا استقبالاً؛ فلأنَّ زيد إمّا أن يصدّقه أو يكذّبه، أو يسكت عن التصديق والتكذيب، ففي الوجه الأوّل والثالث: لا تصحّ دعوته بالاتفاق؛ لأنّه لم

(١) «رد المحتار»(٤: ٤٤٥).

(٢) «المصباح»(١: ١٢٥).

(٣) في «تبيين الحقائق»(٤: ٣٣٣).

وإن جَحَدَ زيدٌ بنوّتَه

وإن جَحَدَ زيدٌ بنوّتَه[1]): هذا عند أبي حنيفة ﷺ، وعندهما: إن جَحَدَ زيدٌ بنوتَهُ يصيرُ ابناً للذي في يدِهِ الصَّبيّ؛ لأنَّ الإقرارَ في النَّسبِ[2] يرتَدُّ بالرَّد

يتّصل بإقراره تكذيبٌ من جهةِ المقرّ له، فبقي إقراره، وفي الوجه الثاني لم تصحّ دعوته عند الإمام، خلافاً لهما لما صرّح به الشارح ﷺ.

[1]قوله: **وإن جحدَ زيدٌ بنوّته**؛ كلمة: إنّ وصليّة؛ أي لا يثبتُ نسب ذلك الصبيّ إن لم يجحد زيد، وإن جحد فلا يثبت أيضاً، وفائدة إنّ الوصليّة أن يكون نقيضُه أولى بالحكم من المذكور، والمذكورُ صورة الجحود، ونقيضه صورةُ عدمِ الجحود، فكان صورةُ عدمِ الجحود أولى؛ لعدمِ ثبوتِ النسب، ففيه الاتّفاق، وفي المذكور خلاف كما عرفت.

[2]قوله: **لأنّ الإقرار في النسب**... الخ؛ تفصيلُه: إنَّ إقرارَه بطلَ بجحودِ المقرّ له، فصارَ كأنّ لم يقرّ؛ ولهذا أعتقَ عليه بدعوته لو كان عبداً له، والسِرُّ فيه: أنَّ الإقرارَ بالنسبِ ممّا يرتدّ بالردّ، إذ الإقرارُ بما لا يحتملُ النقضَ يلحقُ بالإقرارِ بما يحتملُ النقض؛ ولهذا يعملُ فيه الإكراه والهزل.

فإنَّ مَن أكره على الطلاقِ والعتاقِ ففعل يقعُ الطلاق والعتاق، ولو أكرِه على الإقرارِ بهما فأقرّ لا يقع، كما لو أكرَه على البيعِ وغيره ممّا يحتملُ النقض ففعل لا يثبت، فإذا ثبت بأن الإقرار بما لا يحتمل النقض ثبت أنهُّ يرتدّ بالرد.

فصار كما إذا أقرّ المشتري على البائعِ بإعتاق مَن اشتراه، فكذّبه البائع، ثم قال: أنا أعتقته، يتحول إليه الولاء، ويرتدُّ الإقرار به، والمقرّ له فكذا بهذا؛ ولأنّ إقراره له بالنسب نفي، كنسب عن نفسه، وإنكار لوجوب الحقوق عليه، وذلك لا يمنعُ الإقرار به بعده، بأن قال: ليس هو ابني، ثمّ قال: هو ابني، فكذا هذا.

ألا ترى أنّه يصحّ إكذاب الملاعنة عن نفسه بعد نفي النسب، بخلاف ما إذا صدّق العبدُ المولى، حيث لا يصحُّ فيه دعوى المولى؛ لأنَّ المقرَّ يدَّعي بعد تصديق المقرّ له إيّاه نسباً ثابتاً من الغير، وبخلاف ما إذا لم يصدِّقه ولم يكذّبه، حيث لا يصحّ فيه دعوة المولى أيضاً؛ لأنه تعلّق به حقُّ المقرّ له على اعتبارِ تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لتعلُّق حقّه به بتكذيب نفسه.

ولو كان مع مسلمٍ وكافر، فقال المسلمُ: هو عبدي، وقال الكافر: هو ابني، فهو حرٌّ ابن للكافر

وله[1]: إنَّ النسبَ مِمّا لا يحتملُ النقض، والإقرارُ بمثله لا يرتدُّ بالرَّدِّ.

(**ولو كان مع مسلمٍ وكافر، فقال المسلمُ: هو عبدي، وقال الكافر: هو ابني، فهو حرٌّ ابن للكافر**)؛ لأنَّه ينالُ[2] الحريّةَ في الحال، والإسلام في المآل، إذ دلائلُ الوحدانية ظاهرة، وفي عكسِهِ يثبتُ الإسلام بتبعيته، ويحرمُ عن الحرية، وليس في وسعه اكتسابها.

[1]قوله: **وله أنَّ النسب**... الخ؛ توضيحه: إن النسب مِمّا لا يحتملُ النقض بعد ثبوته، وهذا بالإتّفاق، والإقرارُ بما لا يحتملُ النقضَ لا يرتدُّ بالردّ، فيبقى في حقّ نفسه؛ لأن إقرارَه حجّةٌ في حقّ نفسه، كمن أقرّ بحرّية عبد الغير فكذّبه المولى، فإنه يبقى في حقّ المقرّ، فلا يرتدُّ بإقرارِه حتى لو ملكه يوماً عتق عليه لإقراره بذلك.

وكمَن شهد على رجل بنسب صغير فردَّت شهادته لفسق أو قرابة أو مثل ذلك، ثم ادّعاه لنفسه فلا تصحّ دعوته؛ لإقراره به للغير؛ لأنّه يتعلّق به حقُّ المقرّ حتى لو صدَّقه بعد التكذيب يثبت نسبُه منه. وكذا لو تعلّق به حقّ الولد فلا يرتدّ بردّ المقرّ له، فصار كدعواه قبل الردّ؛ ولأنّ موجبَ إقراره شيئان:

الأول: ثبوت النسب من الغير.

والثاني: إبطالُ حقّ نفسِه في الدعوة.

وإن ارتدَّ الأوّل لعدمِ ولايته عليه فلا يرتدّ الثاني؛ لأنَّ إقرارَه حجّةٌ عليه، ولا يلزمُ مسألة الولاء، ولكونهما على هذا الخلاف فلا تكون حجّة، فإنه لو أقرَّ المشتري بإعتاق البائع المشري وكذّبه البائع، ثم قال المشتري: أنا أعتقته فلا يتحولُ الولاءُ إلى المشتري عند الإمام.

ولئن سلّمنا أن تلك المسألة بالاتّفاق فنقول: إنَّ النسب ألزمَ من الولاء، فإنه يقبل التحول من جانب الأمّ إلى جانب الأب عند إعتاق الأب، وكذا لو ارتدّت معتقةٌ ولحقَت بدار الحرب وسبيت وأعتقَها المولى الثاني كان الولاء له، والنسب لا يقبله فلا يصحّ القياس عليه[1].

[2]قوله: **لأنه ينال**... الخ؛ تقريره: إنّ الإسلامَ يُرجَّحُ أبداً، والترجيحُ يستدعي

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٤: ٣٣٤).

....

....

تعارضاً، ولا تعارض هنا؛ لأنَّ التعارضَ لا يكونُ إلاَّ عند وجودِ المساواة، ولا مساواةَ هاهنا؛ لأنَّ النظر للصبيّ واجب، ونظرُهُ في كونِه ابن النصرانيّ وكونه حرّاً أوفر؛ لأنّه ينالُ شرفَ الحريّة في الحال، وشرفُ الإسلامِ في المآل، إذ دلائلُ الوحدانيَّةِ ظاهرة، فيمكنُهُ اكتساب شرفِ الإسلامِ بنفسه.

ولو جعلناه عبداً للمسلم جعلناه مسلماً تبعاً له، وحرمناه عن الحريّة، إذ ليس في وسعه اكتسابُ الحريّة بخلافِ ما إذا ادَّعى كلٌّ واحدٍ منهما أنّه ابنه، حيث يكون المسلمُ فيه أولى؛ لاستوائهما في دعوى البنوّة، فيرجّحُ المسلمُ بالإسلام، وهو أوفرُ للصبيّ لحصولِ الإسلامِ منه في الحالِ تبعاً لأبيه.

واستشكلَ الشيخُ الأكملُ البَابَرْتِيُّ[1] بمخالفته لقوله جَلَّ جَلالُه: ﴿ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ ﴾[2]، ودلائلُ التوحيد وإن كانت ظاهرةً لكن الألفةَ مع الكفار مانع قويّ، ألا ترى أنّ آباءه كفروا مع ظهور أدلّة التوحيد، ويؤيِّدُه أنَّ الذميّة المطلقة أحقُّ بولدها المسلمِ ما لم يعقل الأديان، أو يخافَ أن يألفَ الكفرَ للنظر قبل ذلك، واحتمالُ الضرر بعده.

وأجيب بأنَّ قوله جَلَّ جَلالُه: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ ﴾[3]، يوجبُ دعوةَ الأولادِ لآبائهم، ومدّعي النسب أب؛ لأنَّ دعوتَه لا تحتملُ النقض، فتعارضَت الآيتان، وكفرُ الآباءِ جحود، والأصلُ عدمه.

ألا ترى إلى انتشارِ الإسلامِ بعد الكفر في الآفاق، وأمّا الحضانة فتركها لا يلزمُ منه رقّ، بخلافِ تركِ النسبِ هاهنا، فإنَّ المصيرَ بعده إلى الرقّ، وهو ضررٌ عظيمٌ لا محالة، وهذا تبرُّع، وهو محسن، وليس على المحسن من سبيل، وبخلاف التزويج؛ لأنّه موضوع للاستيلادِ وطلب النسل؛ لقوله ﷺ: «تناكحوا توالدوا تكثّروا...»[4] الحديث.

---

(١) في «العناية»(٧: ٢٨٩).

(٢) البقرة: ٢٢١.

(٣) الأحزاب: ٥.

(٤)ورد بألفاظ مختلفة قريبة من هذا في «سنن البيهقي»(٧: ٨٧) و«صحيح ابن حبان» (٩: ٢٦٤)، و«المستدرك» (٢: ٣٢٩)، و«سنن النسائي»(٣: ٢٧١)، و«سنن أبي داود»(٢: ٢٢٠)،

ولو قال زوجُ امرأةٍ لصبيٍّ معهما: هو ابني من غيرِها، وقالت: هو ابني من غيره

(ولو قال زوجُ امرأةٍ لصبيٍّ[1] معهما[2]: هو ابني من غيرِها، وقالت: هو ابني من غيره

فإذا لم يسلم ما هو المقصودُ به رجعَ بذلك على مَن غرّه، والمقصودُ بوضعِ الهبة إظهارُ الجود والسماحةِ وثبوتُ الملك، وهذا المقصود يتحقّق بدون الاستيلاد. كذا في «المنح»(١)، و«التبيين»(٢)، وغيرهما.

[١]قوله: لصبيٍّ؛ أراد صبياً لا يعبّر عن نفسه، فأمّا إذا عبّر فالقول له أيّهما صدّقه يثبت نسبُهُ منه بتصديقه. كذا في «العناية»(٣)، و«السراج الوهّاج».

[٢]قوله: معهما؛ قال الشاميُّ في «حاشيته على الدر المختار»(٤): وفي أيديهما؛ احترازٌ عمّا إذا كان في يدِ أحدهما، قال في «التاتارخانية»: وإن كان الولدُ في يدِ الزوجِ أو يد المرأةِ فالقولُ للزوجِ فيهما.

وقيَّدَ بإسنادِ كلٍّ منهما الولد إلى غير صاحبِهِ أيضاً لما فيها أيضاً عن «المنتقى»: صبيٌّ في يد رجلٍ وامرأة، قالت المرأة: هذا ابني من هذا الرجل، وقال: ابني من غيرها، يكون ابنُ الرجلِ ولا يكون للمرأة، فإن جاءت بامرأةٍ شهدت على ولادتها إيّاه كان ابنها منه، وكانت زوجتُهُ بهذه الشهادة، وإن كان في يدِهِ وادّعاه وادَّعتِ امرأتُهُ أنّه ابنُها منه، وشهدتِ المرأةُ على الولادةِ لا يكون ابنُها منه بل ابنه؛ لأنّه في يده.

واحترزَ عمّا فيها أيضاً: صبيٌّ في يدِ رجلٍ لا يدّعيه، أقامت المرأةُ أنّه ابنُها ولدته ولم تسمّ أباه، وأقامَ رجلٌ أنه ولدَ في فراشِهِ ولم يسمّ أمّه يجعلُ ابنُهُ من هذه المرأة، ولا يعتبرُ الترجيحُ باليد، كما لو ادَّعاه رجلاً، وهو في يد أحدهما، فإنّه يقضى لذي اليد. انتهى.

«المعجم الكبير»(٢٠: ٢١٩)، و«مسند الشاميين»(١: ٤١٣)، و«مسند الشهاب» (١: ١٧١)، وغيرها.

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٧٥/ب).

(٢) «تبيين الحقائق»(٤: ٣٣٤).

(٣) «العناية»(٧: ٢٩٢ - ٢٩٣).

(٤) «رد المحتار»(٤: ٤٤٦ - ٤٤٧).

فهو ابنهما. ولو وَلَدَتْ أَمَةٌ مشرية، وادَّعى المشتري الولد، واسْتُحِقَّتْ غُرِّمَ الأبُ قيمةَ الولدِ يومَ يخاصم، وهو حرٌّ

فهو ابنهما[1].

ولو وَلَدَتْ[2] أَمَةٌ مشرية، وادَّعى المشتري الولد، واسْتُحِقَّتْ غُرِّمَ الأبُ قيمةَ الولدِ[3] يومَ يخاصم، وهو حرٌّ): أي ولدتْ أمة مشرية، وادَّعى المشتري الولدَ، ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ الأُمّ، فالولدُ حُرّ، ويضمنُ الأب، وهو المشتري قيمةَ الولدِ للمستحقّ

[1]قوله: فهو ابنهما؛ لأنّه الظاهرُ أنَّ الولد منهما، بقيام أيديهما، أو لقيام الفراش بينهما، ثمّ كلّ واحدٍ منهما يريدُ إبطالَ حقِّ صاحبِهِ فلا يصدقُ عليه، وهو نظيرُ ثوبٍ في يدِ رجلين، يقول كلُّ واحد منهما هو بيني وبين رجلٍ آخر غير صاحبه يكون الثوبُ بينهما، إلاّ أنَّ هناك يدخلُ المقرُّ له في نصيبِ المقرّ؛ لأنَّ المحلّ يحتملُ الشركة، وهنا لا يدخل؛ لأنَّ النسب لا يحتمله. هكذا في «الهداية»(1).

وهذا إذا ادّعيا معاً، ولو ادّعى الزوجُ أوّلاً أنّه ابنه من غيرها وهو في يده يثبتُ النسب من غيرها، فبعد ذلك ادَّعتِ المرأةُ لا يثبتُ النسبُ منهما، وإن ادَّعت المرأةُ أوَّلاً أنّه ابنُها من غيره وهو في يدها، فادّعى الرجلُ أنّه ابنه من غيرها بعد ذلك، فإنّ بينهما نكاح ظاهر، لا يقبلُ قولها فهو ابنهما، وإن لم يكن بينهما نكاحٌ ظاهر، فالقولُ قولها ويثبتُ نسبه منها إذا صدّقها ذلك الرجل. كذا في «الفتاوى الهندية».

[2]قوله: ولو ولدت... الخ؛ صورةُ المسألة: إنَّ رجلاً اشترى أمةً فولدت ولداً من ماءِ المشتري عنده، ثمَّ استحقَّها مستحقّ ضَمِنَ المشتري قيمةَ الولدَ، والولدُ حرٌّ، وكذا إذا ملكها لسببٍ آخرَ غير الشراء: أيّ سبب كان، وكذا إذا تزوَّجها على أنّها حرّة فولدت له ثمَّ استحقّت، صرَّح به الزَّيْلَعِيُّ(2)، وغيره، فعلى هذا لو قال: ولو ملكَ أمةً بأيِّ سببٍ كان لكان أشمل.

[3]قوله: غرم الأبُ قيمة الولد؛ ولا يغرمُ الولد، حتى لو كان الأبُ ميتاً تؤخذُ من تركةِ الأولادِ للمستحقّ عليه؛ لأنّه عَلِق حرّ الأصل، وإنّما قدر الرقُ ضرورة القضاء بالقيمة، فلا تعدو محلها.

---

(1) «الهداية»(٣: ١٧٩).

(2) في «التبيين»(٤: ٣٣٤).

فإن ماتَ الولدُ فلا شيءَ على أبيه

لأنَّ ولـدَ المغـرورِ[1] حُرٌّ بالقيمة، والمرادُ بالمغرورِ رجلٌ وطئ امرأةً معتمداً على ملك يمين، أو نكاح فولدت، ثُمَّ استُحِقَّت، وإنَّما سمِّي مغروراً؛ لأنَّ البائعَ غَرَّهُ وباعَ منه جاريةً لم يكن ملكاً له، وتعتبر قيمةُ الولدِ يوم الخصومة[2].

(**فإن ماتَ الولدُ فلا شيءَ على أبيه**)؛ لعدم المنع[3] منه

[1]قوله: **لأنَّ ولد المغرور**... الخ؛ حاصلُ الاستدلال: إنَّ هذا الولدَ ولدُ المغرور، وولـدُ المغـرورِ حـرٌّ بالقيمة، أمّا كونه ولدُ المغرورِ فلأنَّ المغرورَ مَن يطأ امرأةً معتمداً على ملكِ يمينٍ أو نكاحٍ فتلدُ منه ثم تستحقّ.

أمـا كـونُ ولـدِ المغـرورِ حـرّاً بالقيمة؛ فلأنّـه لا خـلافَ بـين الـصدرِ الأوّل وفقهـاء الأمـصارِ أنّـه حـرُّ الأصـل، ولا خـلافَ أيـضاً بـين الـسَّلفِ أنّه مضمونٌ على الأبِ إلاّ أنَّ السلفَ اختلفوا في كيفيّة ضمانه:

فقـال عمـر ﷺ: يفكُّ الغلام بالغلام والجارية بالجارية: يعني إن كان الولد غلاماً فعلى الأب غلامٌ مثله، وإن كان جاريةً فعليه جارية مثلها.

وقـال علـي ﷺ: علـيه قيمةُ الولد، وإليه ذهبَ أصحابُنا؛ لأنّه قد ثبت بالنصِّ أنَّ الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل.

وتأويـلُ حـديثِ عمرَ ﷺ: يفـك الغـلام بقيمةِ الغـلام، والجاريـةُ بقيمة الجارية، فارتفـع الخـلاف، ولأنّه مغرور، والأمةُ ملكُ المستحقّ، والولدُ جاءَ فاستوجب المستحقّ النظر إليه، والمغرورُ معذورٌ، وقـد بنـى الأمرَ على سببٍ صحيح، فوجبَ الجمعُ بين النظرين مهمـا أمكـن، وذلـك بجعـلِ الـولدِ حـرّ الأصـلِ في حـقِّ الأب، ورقـيقاً في حـقِّ المستحقّ؛ لأنَّ استحقاقَ الأصلِ سببُ استحقاقِ الجزء، فيضمن قيمته يوم الخصومة.

[2]قـوله: **وتعتبرُ قيمةُ الولد يوم الخصومة**؛ لأنّه يوم المنعِ والتحوّلِ من العين إلى القيمة؛ لأنّه لما علق رقيقاً في حقّ المولى كان حقّه في عين الولد، وإنّما يتحوّل إلى القيمةِ بالقضاء، فتعتبرُ قيمته وقت التحوّل.

[3]قـوله: **لعـدم المنع**؛ لأنّـه لـو كـان مملـوكاً للمـستحقِّ حقيقةً لم يكـن مـضموناً عليه، فـإنَّ ولـدَ المغـصوبِ أمانةٌ عندنا كما تقرَّرَ في موضعه، فأولى أن لا يكونَ مضموناً عليه مع عدمِ الملك حقيقة.

وترْكَتُهُ له، فإن قتلَهُ أبوه أو غيرُهُ غُرِّمَ الأبُ قيمتَه، ورجَعَ بها كثمنِها على بائعِهِ لا بالعقر

(وترْكَتُهُ له)؛ لأنَّه حُرُّ الأصل[1]، **(فإن قتلَهُ أبوه أو غيرُهُ غُرِّمَ الأبُ قيمتَه، ورجَعَ بها كثمنِها على بائعِهِ لا بالعقر)**، إن قتلَهُ الأبُ يضمنُ قيمتَهُ للمستحقّ، وكذا إن قتلَهُ غيرُه، فأخذ الأبُ ديتَه[2]، فإن الدِّيةَ بدلٌ له، فسلامةُ البدلِ للأبِ كسلامةِ الولد، ثُمَّ مَنْعُ البدلِ من المستحقِّ كمنعِ الولد، وفيه القيمة، ويرجعُ[3] بقيمتِهِ على البائعِ كما يرجعُ بثمنِها، ولا يرجعُ بالعقرِ الذي أَخَذَ منه المستحقّ؛ لأنَّه بدلُ استيفاءِ منفعةِ البضع.

[1]قوله: **لأنَّه حرُّ الأصل**؛ يعني في حقِّ أبيه فيرثه أبوه، لا يقال: إنّ هذا الولدَ كما هو حرٌّ في حقِّ أبيه كذلك رقيقٌ في حقّ مدَّعيه، فَلِمَ لم يقسمْ تركته بينهما؛ لأنّا نقول: هو حرٌّ في حقِّ مدَّعيه أيضاً، ألا ترى أنَّ ولاءه ليس لمدّعيه، وإنّما جعلناه رقيقاً في حقّه ضرورةَ القضاءِ له بالقيمة، وكلُّ ما ثبتَ بالضرورة يتقدَّرُ بقدرها.

[2]قوله: **فأخذ الأبُ ديته**؛ قيّد بالأخذ، ذكر في «المبسوط» فإن قضى له بالدية فلم يقبضها لم يأخذ بالقيمة؛ لأنَّ المنعَ لا يتحققُ فيما لم يصلْ إلى [يده] من البدل، فإنَّ قبضَ من الدِّيَة قدرَ قيمةِ المقتولِ قضى عليه بالقيمة للمستحقّ؛ لأنَّ المنعَ يتحقّقُ بوصولِ يدِهِ إلى البدل، فيكون منعُهُ قدرَ قيمةِ الولد، كمنعه للولد. كذا في «الكفاية»(1).

[3]قوله: ويرجع... الخ؛ يعني ويرجعُ المشتري على أبيه بقيمةِ الولدِ التي ضمنها، كما يرجعُ المشتري بثمنِ الجارية؛ لأنَّه صارَ كفيلاً بما شرطَ عليه من البدل؛ لأنَّ البيعَ مبنيٌّ على مساواة البدلين في حكم الضمان، فلَمَّا كان الثمنُ من جانبِ المشتري سالماً للبائعِ وجبَ أن يكون المبيعُ سالماً للمشتري.

وذلك بأن يجعلَ البائعُ كفيلاً بسببِ تملُّكِ البدل، فصار كأنّه قال للمشتري: إنَّ الحكمَ قد ثبتَ لك، فإن ضَمِنَك أحدٌ بدعوى باطل فأنا ضامنٌ لك بما ضَمِنَك؛ ولأنَّ البائعَ إلتزمَ سلامتها عن العيب إذ المعاوضة تقتضي ذلك، ولا عيب فوق الاستحقاق، فيرجعُ عليه.

(1) «الكفاية»(٧: ٢٩٤ - ٢٩٥).

....

....

وكذا إن هلكت عند المشتري فضَمَّنَه المستحقُّ قيمتَها وقيمةَ الأولاد لا يرجعُ على البائعِ بالثمنِ وبما ضَمِنَ من قيمةِ الأولاد، ولا يرجعُ عليه بقيمة الجارية؛ لأنَّ أخذَ قيمتِها منه كأخذِ عينها، وفيه لا يرجعُ إلاّ بالثمن، فكذا هذا، صرَّح به العَيْنِيّ[1]، والزَّيْلَعِيّ[2]، وغيرُهما.

ولا يرجعُ المشتري بالعقر الذي أخذَ منه المستحقّ؛ لأنّه بدلُ الاستيفاءِ من منفعةِ البضع، وهي ليست من أجزاءِ المبيع، فلم يكن البائع ضامناً لسلامته، فلا يرجع به على البائع، وعند الشافعي ﷺ: يرجع؛ لأنّه ضمان لزمَه بفوت السلامة.

والجواب: إن العقرَ عوضٌ عما استوفىَ من منافع البائع، فلو رجعَ به سلم له المستوفى مجاناً، والوطءُ في ملك الغيرِ لا يجوزُ أن يُسَلَّمَ له مجاناً. ولا [يرجع] على [الواهب و]المتصدّق والموصي بشيء من قيمة الأولاد، وعند الشافعي ﷺ: يرجع؛ لأنَ الغرورَ قد تحقّق له منه بإيجابه الملك له فيها، وإخباره أنها مملوكته.

والجواب: إنَّ مجرَّدَ الغرورِ لا يكفي للرجوع، فإن مَن أخبرَ إنساناً أن هذا الطريق آمن فسلكها فأخذ اللّصوص ماله، لم يرجع على المخبر بشيء، بخلاف البيع فإنّه عقد معاوضة يوجب السلامة أو الضمان على ما بيّنا، وهذا تبرع، وهو محسن، وليس على المحسن من سبيل وبخلاف التزوج؛ لأنه موضوع الاستيلاد وطلب النسل بقوله ﷺ: «تناكحوا توالدوا تكثروا...»[3] الحديث.

فإذا لم يُسَلَّم [له] ما هو المقصود به رجع بذلك على من غرَّه، والمقصود بوضعِ الهبةِ إظهارُ الجودِ والسماحةِ وثبوت الملك، وهذا المقصود يتحقّق بدون الاستيلاد. كذا في «المنح»[4]، و«التبيين»[5]، وغيرهما.

---

(١) في «رمز الحقائق»(٢: ١٥٣).

(٢) في «تبيين الحقائق»(٤: ٣٣٥).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) «منح الغفار»(ق٢: ١٧٦/أ).

(٥) «تبيين الحقائق»(٤: ٣٣٦).

كتاب الإقرار

كتاب الإقرار[1]

[1]قوله: كتاب الإقرار؛ مناسبتُه لسابقه ظاهرة، فإنَّ المدَّعي إمّا أن يصيرَ له المطلوب، أو يُنكره، واللائق بالمسلم الإقرار بالحقّ، كما أنَّ اللائقَ بالمدّعي أن تكون دعواه حقّاً، فقدَّمه على ما بعده، وهو الصلح.

والإقرار: أفعال من قرّ الشيء: إذا ثبت، وأقرَّ غيره: إذا أثبته، قال في «المصباح»: «أقرّ الرجل إقراراً، أصابه بالقُرّ، فهو مَقْرور على غير قياس، وأقرّه بالشيء: اعترفَ به». انتهى[1].

وذكر شيخنا الطَّحْطَاويُّ[2] نقلاً عن الحَمَويّ: «إذا كان حسيّاً يقال: أقرّه، وإذا كان قوليّاً: يقال أقرَّ به، فالإقرارُ: إثباتُ لما كان متزلزلاً بين الجحود والثبوت». انتهى.

وفي الشرع: ما بيَّنه المصنّف ﷺ بقوله: هو إخبار بحقّ...الخ، وهو ملزمٌ على المقرّ، ولما أقرّ به؛ لوقوعه دلالةً على وجود المخبر به؛ لأنَّ الإقرارَ دائرٌ بين الصدق والكذب، ويترجّح جانبُ الصدق؛ إذ المرء لا يكذبُ على أن المال محبوب للمرء طبعاً، ولا يقول لغيره كاذباً مع كمال عقله وديانته.

وثبوتُ جوازه بالكتاب والسنّة والإجماع والمعقول:

أمّا بالكتاب، فقوله ﷻ: ﴿ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ ﴾[3]، قال في «المدارك»: «لا يكن المملي إلاّ مَن وجبَ عليه الحقّ؛ لأنّه هو المشهودُ على ثباته في ذمّته، وإقراره، فيكون ذلك إقرارٌ على نفسه بلسانه، والإملالُ والإملاءُ نعتان». انتهى[4].

وقوله ﷻ: ﴿كُونُوا قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾[5]، والمرادُ به الإقرار كما ذكروه.

وأمّا السنّة: فإنَّ رسولَ الله ﷺ ألزمَ ماعز الرَّجمَ بإقراره، والغامدية باعترافها، فيما رواه الشيخان، فإذا وجبَ الحدُّ بإقراره على نفسه، فالمالُ أولى أن يجبَ به.

---

(١) من «المصباح»(٢ : ٧٦٥).

(٢) في «حاشيته»(٣: ٣٢٦ - ٣٢٧).

(٣) البقرة: ٢٨٢.

(٤) من «المدارك»(١ : ١٣٦).

(٥) النساء: ٣٥.

هو إخبارٌ

(هو إخبارٌ[١]

وأمّا الإجماعُ: فالأمَّةُ أجمعَت على أنَّ الإقرارَ حجّةٌ في حقِّ نفسه، حتى أوجبوا عليه الحدودَ والقصاصَ بإقراره، وإن لم يكن حجَّة في حقِّ غيره؛ لعدم دلالتِه عليه، فالمال أولى.

وأمّا المعقولُ: فإنَّ العاقلَ لا يقرُّ على نفسه كاذباً، بما فيه ضررٌ على نفسه أو ماله، فترجّحت جهةُ الصدقِ في حقِّ نفسه؛ لعدمِ التّهمة، وكمال الولاية، بخلاف إقراره في حقِّ غيره، حتى لو أقرَّ مجهولُ النسبِ بالرقّ جاز ذلك على نفسه وماله.

ولا يصدق على أولاده وأُمَّهاتِهم ومدبَّريه ومكاتَبيه، بخلاف ما إذا ثبتَ بالبيّنة؛ لأنَّ البيِّنة إنّما تصيرُ حجَّةً بالقضاء، وللقاضي ولايةٌ عامّةٌ فينفذُ في حقِّ الكلّ، أمّا الإقرارُ فحجّةٌ بنفسه، فلا يحتاج فيه إلى القضاء فينفذُ عليه وحده لما ذكرنا، إلاَّ إذا ردَّه المقرُّ له، فيرتدُّ بردِّه. كذا في «التبيين»(١)، وغيره.

وأمّا شرطه: فالعقلُ والبلوغُ بلا خلاف، فلا يصحُّ من المجنون والصبي إلاَّ إذا كان الصبيُّ مأذوناً له في التجارة، فيصحُّ إقرارُه؛ لأنَّ الصبيَّ المأذونَ ملحقَ بالبالغِ بحكم الإذن، وكذا المعتوه والمغمى عليه كالمجنون؛ لعدم التمييز.

وإقرارُ السكران جائزٌ مطلقاً إذا كان سكره بطريق محظور؛ لأنّه ينافي الخطاب، إلاَّ إذا أقرَّ بما يقبلُ الرجوع كالحدود الخالصة لله جَلَّ جَلالُه، وإن سكرَ بطريقِ مباحٍ كالشرب مكرهاً لا يلزمه بشيء، وكذا بشرب المتّخذ من الحبوب أو العسل عندها، خلافاً لمحمد رضي الله عنه.

وأمّا الحريّة فهي شرطٌ في بعض الأشياء دون بعض، كما سيأتيك إن شاء الله تعالى، وكذا الرضا والطوع شرط، فلا يصحُّ إقرار المكره.

وأمّا ركنه: فالألفاظُ المذكورة فيما يجب به موجب الإقرار على المقرّ، صرَّح به في «الرمز»(٢)، و«النهاية» وغيرها.

[١]قوله: إخبار؛ أي إعلام بالقول، فلو كتب أو أشار ولم يقل شيئاً لم يكن

(١) «تبيين الحقائق»(٥: ٣).

(٢) «رمز الحقائق»(٢: ١٥٣).

بحقٍّ لآخرَ عليه، وحكمُهُ ظهور المُقَرّ به لا إنشاؤه

بحقٍّ[١] لآخرَ عليه[٢]، وحكمُهُ[٣] ظهور المُقَرّ به لا إنشاؤه

إقراراً، ويدخل فيه ما إذا كتب إلى الغائب: أمّا بعد؛ فله عليّ كذا، فإنّه كالقول شرعاً. ذكره القُهُسْتَانِيُّ[١] نقلاً عن «الصغرى».

[١]قوله: بحقّ؛ أي بما يثبتُ ويسقط من عين وغيره، ولكنّه لا يستعمل إلاّ في حقّ الماليّة، فيخرجُ عنه ما دخلَ في حقّ التعزير ونحوه. كذا في «جامع الرموز»[٢] للقُهُسْتَانِيّ.

[٢]قوله: لآخر عليه؛ أي لغيرِ المخبر على المخبر، وهذا احترازٌ عن الإنكار والدعوى والشهادة كما لا يخفى على المُتَدبِّر، قال البِرْجَنديّ: «وهذا يشكل بإقرارِ الوكيلِ بالخصومة، والوصي، فإنَّ إقرارَهما بحقٍّ لآخرَ على الموكّل واليتيم». انتهى. وفيه أنَّ الوكيلَ والوصيّ نائبان مناب الموكّل واليتيم، فدفعَ الإشكال، وظهر حقيقة الحال.

[٣]قوله: وحكمه...الخ؛ يعني أنَّ حكمَ الإقرارِ ظهورُ الخبر به للمقرّ له عليه؛ لإثباتِ المقَرّ به له بهذا اللّفظ؛ ولذا قالوا: إنَّ المقرَّ له إذا علمَ أنَّ المُقِرَّ كاذبٌ في إقراره، ثمَّ أخذَه منه، لم يحلّ له ديانة، إلاّ أنّه أخذَه عن طيبِ نفسِه، فإنّه تمليك مبتدأ.

وإنّما لم يكتفِ بالإثباتِ عن النفي، وجميعها مبالغة في نحو ردّ ما قال بعضُ المشايخ: إنّ الإقرارَ إنشاءٌ، وإنّما أطلقَ إشارة إلى أنَّ تصديقَ المُقَرِّ له لم يشترط، وإن ارتدَّ بردِّه، ولو صدَّقه ثمَّ ردَّه لم يصحَّ الردّ، ولو ردَّه ثمَّ أعادَ إقرارَه صحَّ الإقرار. كذا في «مجمع الأنهر»[٣]، وغيره.

قال العلاّمة الحَمَويُّ في «غمز عيون البصائر»: «واختلفَ مشايخنا في الإقرار هل هو إخبارٌ أو إنشاء، والصحيح الأوّل، والاستدلالُ لكلّ من القولين مبسوط في المطولات.

واعلم أنّه يبتني على الاختلافِ المذكور سماعُ دعوى الأموال والأعيان، بناءً على الإقرار وعدمه، فمَن قال بأنّه إخبار، قال: لا تسمع، هو الصحيح المفتى به، كما

---

(١) في «جامع الرموز»(٢: ٢٥٠)
(٢) «جامع الرموز»(٢: ٢٥٠).
(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ٢٨٩).

فصحَّ الإقرارُ بالخمرِ للمسلم، لا بطلاق، أو عتق مكرهاً ، ولو أقرَّ حرٌّ

فصحَّ[١] **الإقرارُ بالخمرِ للمسلم، لا بطلاق، أو عتق مكرهاً**)، لمَّا كان حكمُ الإقرار الظُّهورَ لا الإنشاء، صحَّ الإقرارُ بالخمرِ للمسلم، ولا يصحُّ تمليكُ الخمر إيَّاه، ولا يصحُّ الإقرارُ بالطَّلاق والعتق مكرهاً[٢]، ولو كان إنشاءً يصحّ؛ لأنَّ طلاقَ المكره واعتاقَهُ واقعان عندنا(١)

(**ولو أقرَّ حرٌّ**[٣]

ذكره ابنُ الغَرس، ومَن قال بأنه إنشاءٌ قال: تسمع، وأمّا دعوى المذكورِ بناءً على الإقرار في جانب الدَّفع فمسموعة على المفتي به. كما حرَّره في «البَزّازية».

ثمَّ اعلم أنّه لو كان الإقرارُ إخباراً كما قال المصنِّف ﷺ كان ينبغي أنّه لو أقرَّ بشيء واستنده إلى حال الصحّة أنه يكون من كلّ المال، وسيأتي في الورقةِ الآتية خلافه». انتهى(٢).

[١]قوله: **فصحّ**...الخ؛ هذا تفريعٌ على كونِ حكمِ الإقرارِ ظهورُ المقرِّ به لا انشاؤه، فلو كان الإقرارُ إنشاءً لما صحَّ الإقرارُ بالخمر للمسلم، لأنّ المسلمَ لا يصحُّ له تمليكُ الخمر، في «المحيط»: «لو أقرَّ بخمرٍ للمسلم يصحّ ويؤمرُ بتسليمها إذا طلب استردادها، ولو أقرَّ بخمرٍ مستهلك لمسلم لا يصحّ؛ لأنه لا يجبُ للمسلم بدل الخمر». انتهى(٣).

[٢]قوله: **ولا يصحّ الإقرار بالطلاق والعتاق مكرهاً**؛ لقيام دليل الكذب وهو الإكراه، والإقرارُ إخبارٌ يحتمل الصدق والكذب، فيجوز تخلف مدلول اللفظ الوضعي عنه، ولو كان إنشاءً يصحُّ؛ لأنّه يمتنع في الإنشاء تخلّف مدلول لفظه الوضعيّ عنه.

[٣]قوله: **حرّ**؛ شرطَ الحريَّةَ ليصحَّ إقرارُه مطلقاً، فإنَّ العبدَ المحجورَ عليه يتأخَّرُ إقراره باللّسان إلى ما بعد العتق، وكذا المأذون فيما ليس من باب التجارة كالمهر بوطء امرأة تزوَّجها بغير إذن مولاه، والجنايةُ الموجبة للمال؛ لأنَّ الإذنَ لا يتناول إلاَّ التجارة، فلم يكن مسلَّطاً عليه.

---

(١) وإنما خص الطلاق والعتاق بالذكر مع أن كلّ إقرار مع الإكراه غير صحيح؛ لأنه أراد أن يبيِّن أن الإقرار ليس بإنشاء. ينظر: «فتح باب العناية»(٣: ١٥٢).

(٢) من «غمز العيون»(٢: ٢١).

(٣) من «المحيط البرهاني»(ص٨٢)، وينظر: «كمال الدراية»(ق٥٨٦).

مُكَلَّفٌ بحقٍّ معلوم أوْ مجهولٍ صحّ

مُكَلَّفٌ[١] بحقٍّ معلوم[٢] أو مجهولٍ صحّ[٣]

بخلاف ما إذا أقرّ بالحدود والقصاص، فإنَّ العبد مبقى على أصلِ الحرّية في حقِّها، ألا ترى أنَّ إقرارَ المولى لا يصحُّ عليه فيهما.

وفي «كمال الدراية»(١): وعن أحمدَ ﷺ إنَّ إقرارَ العبدِ بالحدِّ والقصاص فيما دون النفس يصحّ، وبالقصاصِ في النفس يتبع به بعد العتق، وبه قال زفرُ والمزَنيّ وداود بن جرير الطبري ﷺ؛ لأنّ به سقط حقّ سيده، فأشبه الإقرارَ بقتل الخطأ. انتهى.

[١]قوله: **مكلّفٌ**؛ قيّد بالتكليف؛ لأنَّ إقرارَ المجنون والمعتوه والصبيّ العاقل لا يصحّ؛ لانعدام أهليّة الإلتزام، إلاّ إذا كان الصبيُّ والمعتوه مأذوناً له في التجارة، كما مرّ سابقاً، فيصحُّ إقرارُه فيما كان من ضرورات التجارة؛ كالدَّين والوديعة والعارية والمضاربة، والغصب، دون ما ليس منها كالمهر والجناية والكفالة؛ لدخولِ ما كان من باب التجارة تحت الإذن دون غيره.

[٢]قوله: **معلومٌ أو مجهول**؛ أمّا الأوّل فكما إذا قال له: عليَّ ألفُ درهمٍ أو مئة دينار، أو عمل ثوب، أو مثل ذلك، وأمّا الثاني فكما إذا قال له: عليّ شيء أو حقّ.

[٣]قوله: **صحّ**؛ أي إقرارُه، أمّا في إقراره بحقٍّ معلومٍ فظاهرٌ، وأمّا في إقراره بحقٍّ مجهول فإن جهالةَ المُقَرِّ به لا يمنعُ صحة الإقرار؛ لأنَّ الحقَّ قد يلزمه مجهولاً، بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته، أو جرح جراحة لا يدري أرشها، أو يبقى عليه بقيّة حساب لا يعرف قدرها، وهو محتاجٌ لإبراءِ ذمّته بالإيفاء أو بالتراضي.

بخلاف الجهالة في المقَرِّ له، سواء تفاحشت بأن قال: عليّ ألفُ درهمٍ لواحدٍ من الناس، أو لم تتفاحش بأن قال: عليَّ ألفُ درهمٍ لأحد هذين؛ لأنَّ المجهولَ لا يصلح مستحقّاً، إذ لا يمكن الجبرُ على البيانِ من غير تعيين المدَّعي، فلا يفيد فائدته.

قال الزَّيْلَعِيُّ(٢): هكذا ذكره شمسُ الأئمّة ﷺ، وذكر شيخ الإسلام ﷺ في «مبسوطه»، والناطفيّ في «واقعاته»: إنها إذا تفاحشت لا يجوز، وإن لم تتفاحشْ جاز؛ لأنَّ صاحبَ الحقّ لا يعدو من ذكره، وفي مثله يؤمر بالتذكّر؛ لأنَّ المقرَّ قد نسيَ صاحبَ

---

(١) «كمال الدراية»(ق٥٨٧).

(٢) في «تبيين الحقائق»(٥: ٤).

ولزِمَهُ بيانُ ما جُهِلَ بما له قيمة، وصُدِّقَ المقرُّ مع حلفِهِ إن ادَّعى المقرُّ له أكثرَ منه

ولـزِمَهُ[١] بيانُ ما جُهِلَ بما له قيمة)، صحَّةُ الإقرارِ بالمجهولِ مبنيَّةٌ على أنّه إخبارٌ لا إنشاءُ تمليك.

(وصُدِّقَ[٢] المقرُّ مع حلفِهِ إن ادَّعى المقرُّ له أكثرَ منه

الحقّ، ولا يجبرُ على البيان لأنه قد يؤدّي إلى إبطاله، فصار نظيرُ ما إذا أعتقَ أحدَ عبديه ثمّ نسيَه.

[بخلاف جهالة المقرّ به؛ لأن الإجبار على البيان] لا يؤدّي إلى إبطالِ حقّه، وبخلافِ إعتاق أحدِ العبدين؛ لأنَّ العتقَ لم ينْزل في المحلّ، فلا يؤدّي الإجبارُ إلى إبطال حقّه؛ ولأنَّ المُقَرَّ لهما إذ اتّفقا على الأخذِ من المقرّ واصطلحا بينهما أمكن دعواهما، قال في «الكافي»: وهو الأصحّ. انتهى.

ولو كان المقرُّ له مجهولاً بأن قال: لك على أحدنا ألفُ درهمٍ لا يصحّ؛ لأنَّ المقضي عليه مجهول. كذا في «النهاية».

[١]قوله: **ولزمه**؛ أي لزمَ المقرّ فيما أقرَّ بمجهول بيان ما جهل، أي بيان المجهول، حتى لو امتنعَ عنِ البيان أجبره القاضي بما له قيمة؛ لأنّه أخبرَ عن الواجب في ذمّته، وما لا قيمة له لا يجب [فيها] كحبَّةٍ من الحنطة، فلا يقبل قوله، بل يحمل على الرجوع عن إقراره.

ذكرَ الشُّمُنِيُّ في «كمال الدراية»(١): وفي «المحيط»: لو قال: عليّ حق، ثم قال: عنيتُ به حقَّ الإسلام لا يصدّق إلا إذا قال ذلك موصولاً؛ لأنه بيانٌ باعتبارِ العرف، وقال الشافعي ومالك وأحمد ﷺ: لا يصدَّق في الوجهين؛ لأنَّ كلمتَه على الوجوبِ في الذمّة، ولا وجوب هاهنا. انتهى.

[٢]قوله: **وصدّق**...الخ؛ يعني أنَّ المقرَّ صدّق مع يمينه إن ادّعى المقرّ له أكثر ممّا بيّنه المقرُّ بلا برهان؛ لإنكاره الزيادة، والقولُ قولُ المنكر.

وقال القُهُسْتانيُّ في «شرح النقاية»(٢): والكلامُ مشير إلى أنّه لو أنكرَ الإقرار بمجهول، وأريد إقامةُ البيّنةِ عليه لم تقبل؛ لأنَّ جهالةَ المشهودِ به تمنعُ صحَّةَ الشهادة،

---

(١) «كمال الدراية»(ق٥٨٧).

(٢) «جامع الرموز»(٢: ٢٥١).

ولا يُصَدَّقُ في أقلَّ من درهم في: عليَّ مال، ومن النِّصاب في: عليّ مالٌ عظيمٌ من الذَّهب، أو من الفضة، ومن خمس وعشرين في الإبل

ولا يُصَدَّقُ[١] في أقلَّ من درهم في: عليَّ مال، ومن النِّصاب[٢] في: عليّ مالٌ عظيمٌ من الذَّهب[٣]، أو من الفضة، ومن خمس وعشرين في الإبل

وتمامه في «الجواهر» و«التحفة». انتهى.

[١]قوله: ولا يصدّق... الخ؛ يعني إذا قال له: عليَّ مالٌ لم يصدَّقْ في أقلّ من درهم؛ لأنَّ ما دونه من الكسورِ لا يطلقُ عليه اسمُ المالِ عادة، وهو المعتبر.

قال في «البحر»: ولو قال: لفلان عليَّ دار أو عبد لا يلزمُهُ بشيء، أو مال قليل، أو درهم عظيم، أو درهم، لزمه درهم. انتهى. فظاهره أنه يلزمه درهم ولا يجبر على بيان.

[٢]قوله: ومن النصاب... الخ؛ يعني إذا قال له: عليّ مالٌ عظيم، وأجبرَه القاضي على البيان، فقال: عنيتُ أقلَّ من النصاب، لم يصدّق؛ لأنّه أقرَّ بمال موصوفٍ بالعظيم، فيعتبر هذا الوصف، والنصابُ عظيمٌ في الشرع، حتى يصيرُ صاحبه غنيّاً، وأوجبَ عليه مواساة الفقراء.

وكذا عرفاً، حتى يعدَّ من الأغنياء عادة، وهذا قولهما، وهو مرويٌّ عن الإمام، وعنه ﷺ أيضاً: إنّه لا يصدَّقُ في أقلَّ من عشرةِ دراهم، وهي نصابُ السرقة؛ لأنّه عظيمٌ حيث يقطعُ به اليد المحترمة، ويستباح به البضع المحترم.

قال في «النتائج»[١]: قال شمسُ الأئمّة السَّرَخْسِيُّ ﷺ: والأصحُّ على قولِ أبي حنيفةَ ﷺ أنّه يبنى على حالِ المقرِّ في الفقر والغناء، فإنَّ القليلَ عند الفقيرِ عظيم، وأضعاف ذلك عند الغنيّ حقير. انتهى والله أعلم.

[٣]قوله: من الذهب... الخ؛ فلا يصدَّق في أقلَّ من عشرين ديناراً، إذا قال: من الدنانير، وفي أقلَّ من مئتي درهم إذا قال: من الدراهم، وفي أقلَّ من خمسٍ وعشرين إذا قال: من الإبل، فإنَّ خمساً وعشرين أدنى نصابٍ منها يجب فيه من جنسه.

قال البِرْجَنْدِيُّ: وكان القياسُ أن يقدَّرَ بخمس، فإنّه يجب فيها شاةٌ، إلاَّ أنّه عظيمٌ

---

(١) «نتائج الأفكار»(٧: ٣٠٦).

ومن قَدْرِ النِّصابِ قيمةً في غيرِ مالِ الزَّكاة، ومن ثلاثةِ نصب في أموالٍ عظام، ودراهم ثلاثة

ومن قَدْرِ النِّصابِ[١] قيمةً في غيرِ مالِ الزَّكاة، ومن ثلاثةِ[٢] نصب في أموالٍ عظام، ودراهم ثلاثة[٣]

من أنّه يجبُ فيه الزكاة، وليس بعظيمٍ من حيث أنّه لا يجب فيه الزكاة من جنسه، فاعتبر ما ذكر؛ ليكون عظيماً مطلقاً. انتهى.

[١]قوله: **ومن قدر النصاب...**الخ؛ أي لا يصدَّقُ في أقلَّ من قدرِ النصاب قيمةً في غير مال الزكاة، كالحنطةِ وغيرها، فإذا قال له: عليَّ مالٌ عظيمٌ من الحمار أو البغل أو الحنطة أو غيرها، وأجبره القاضي على البيان، فقال: عنيتُ أقلَّ من قدر النصاب قيمة، فلا يصدَّق؛ لأنَّ قدرَ قيمتِه عظيمٌ أيضاً، وروي عن الإمام: إنّه مقدَّرٌ بعشرةَ دراهم. كما في «الاختيار»(١).

وقال في «الكفاية»(٢): ولو قال: عليّ مالٌ نفيس، أو كريم، أو خطير، أو جليل، قال الناطفيُّ: لم أجده منصوصاً، وكان الجُرْجَانيُّ يقول: يلزمُ مئتان، ولو قال: عليَّ دُرَيْهِم أو دُنَيْنِر، فعليه درهمٌ تامّ أو دينارٌ تام؛ لأنَّ الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير، فلا ينقص عن الوزن.

ولو قال: حنطة كثيرة، فهذا على خمسة أوساق، والوسقُ ستّون صاعاً، وهذا على قولها؛ لأنَّ النصابَ في باب العشرِ يُقَدَّرُ بهذا، وأمّا على قولِ أبي حنيفةَ ﷺ فلا نصاب للحنطة، فيرجع إلى بيان المقرّ. انتهى.

[٢]قوله: **ومن ثلاثةِ نصب في أموال عظام**؛ أي لا يصدَّقُ في أقلَّ من ثلاثة نصبٍ في أموال عظام، فمَن قال: له عليّ أموال عظام، وأجبرَه القاضي على البيان، فقال: عنيتُ أقلَّ من ثلاثة نصب، لا يصدَّق؛ لأنَّ الأموال جمع، وأقلّه ثلاثة، والعظيمُ هو النِّصاب كما بيّنا، فلا يصدَّق في أقلّ منه للمتيقّن به.

قال «المنح»(٣): وينبغي على قياسِ ما رويَ عن أبي حنيفة ﷺ أن يعتبر فيه حال المقرّ كما ذكرنا. انتهى.

[٣]قوله: **ودراهم ثلاثة**؛ يعني لو قال: له عليّ دارهم، فيلزمه ثلاثةُ دراهم؛

---

(١) «الاختيار»(٢: ٣٨٩).

(٢) «الكفاية»(٧: ٣٠٧ - ٣٠٨).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ١٧٨/أ).

ودراهم كثيرة: عشرة، وكذا درهماً: درهمٌ

ودراهم كثيرة[١]: عشرة)، هذا[٢] عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأن جمعَ الكثرة أقلّه عشرة(١)، وعندهما لا يُصَدَّقُ في أقلِّ من النِّصاب[٣].

(وكذا درهماً[٤]: درهمٌ

لأنّها أقلّ الجمع الصحيح، فصارت متيقّنة، والزائدُ عليها مشكوك.

قال في «الهداية»(٢): إلاّ أن يُبَيِّن أكثر منها؛ لأنَّ اللّفظَ يحتمله، وينصرفُ إلى الوزن المعتادَ. انتهى.

ولو قال: له عليَّ دراهمُ مضاعفة، فعليه ستَّة دراهم؛ لأنَّ أدنى الجمع ثلاثة، وضعفها ستّة، ولو قال: دراهم أضعافاً، فاللفظُ جمع، وأقلّه ثلاثة، فيصير تسعة، ثمَّ بالمضاعفةِ تصير ثمانيةَ عشر. كذا في «التبيين»(٣) للزَّيْلَعِيّ.

[١]قوله: ودراهم كثيرة؛ يعني إذا قال: له عليَّ دراهم كثيرة، يلزمه عشرة دراهم، فإن قال: عنيتُ به أقلّ من هذا لا يصدّق.

[٢]قوله: هذا...الخ؛ أي حمل قوله: له عليَّ دراهم كثيرة على عشرةِ دراهم [على] مذهب الإمام، ووجهه: إنَّ العشرةَ أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع فكان هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرفُ عليه.

[٣]قوله: وعندهما لا يصدَّق في أقلّ من النصاب؛ وهو المئتان؛ لأنَّ صاحبَ النصاب يكثر، حتى وجبَ عليه مواساة غيره، بخلاف ما دونَ النصاب، فإنَّ صاحبَه مقلّ؛ ولذا لم يلزمْه مواساةُ غيره.

وعلى هذا الخلاف، إذا قال: له عليَّ ثيابٌ كثيرة، أو بقراً كثيرة، أو غنماً كثيرة، أو حنطةٌ كثيرة، ينصرف إلى أقلّ نصابٍ يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما، وهو خمسة وعشرون من الإبل، والثلاثون من البقر، والأربعون من الغنم، وخمسة أوسق من الحنطة.

[٤]قوله: وكذا درهماً: درهم؛ يعني لو قال: له عليَّ كذا درهماً، يجب درهم؛

---

(١) جمع الكثرة: هو الذي يطلق على العشرة وما فوقها بغير قرينة، وما دونها بقرينة. وجمع القلة عكسه. ينظر: «الكليات»(ص٣٣٤).

(٢) «الهداية»(٢: ١٨١).

(٣) «تبيين الحقائق»(٥: ٦).

وكذا كذا: أحدَ عشرَ، وكذا وكذا: أحد وعشرين

وكذا كذا[1]: أحدَ عشرَ، وكذا وكذا: أحد وعشرين): لأنَّ كذا كذا كنايةً عن العددين، وأقلُّ عددين يذكران بغير واوٍ أحدَ عشر، وأقلُّ عددينِ يذكران بالواو أحدَ وعشرون

لأنَّ كذا مبهم ودرهماً تفسيره، وفي «الذخيرة» عن «الجامع الصغير»: درهمان؛ لأنّ كذا كناية عن العدد، وأقلُّ العددِ اثنان؛ لأنَّ الواحدَ ليس بعدد.

وفي «شرح المختار»: قيل: يلزمه عشرون، وهو القياس؛ لأنَّ كذا يذكر كناية عن العدد، وأقلُّ عددٍ غير مركبٍ يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون، ولو ذكره بالخفض، روي عن محمَّدٍ ﷺ: إنّه يلزمه مئة؛ لأنّها أقلّ عدد يذكرُ بعده الدرهم مخفوضاً. كذا في «كمال الدراية»(١).

وعند الشافعيّ ﷺ وأحمد ﷺ يلزمُهُ درهم في الرفع والنصب، وفي الخفض جزؤه. كذا في «الرمز»(٢)، ولو قال: له عليّ درهم عظيم، يلزمه درهم واحد؛ لأنَّ الدرهمَ معلومُ القدر في نفسه، فلا يزدادُ قدره بقوله عظيم؛ لأنّه وصفٌ له. كذا في «التبيين»(٣).

وقال البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية»: وفي «فتاوى قاضي خان»: لو قال لفلانٌ عليّ كذا، درهماً يلزمُه درهمين؛ لأنَّ كذا أستعمل للعدد، وأقلُّ العددِ اثنان، وما ذكرَه المصنِّفُ ﷺ يوافقُ ما في «الهداية»، وهو الأظهر؛ لأنَّ الواحدَ يطلقُ عليه العدد أيضاً، وإن لم يطلقْ الحكماءُ اسمَ العدد عليه. انتهى. فتفكَّر فيه ولا تكن من الغافلين.

[1]قوله: وكذا كذا... الخ؛ يعني ولو قال: له عليَّ كذا كذا درهماً بلا واو، لزمَه أحدَ عشرَ درهماً؛ لأنّه ذكرَ عددين مبهمين بغير حرفِ العطف، وأقلُّ ذلك من العددِ المفسَّرِ أحدَ عشر، وأكثرُه تسعةَ عشر، فالأقلُّ يلزمُهُ من غير بيان، والزيادةُ تقفُ على بيانه، وعند الشافعي ﷺ يلزمه درهم.

---

(١) «كمال الدراية»(ق٥٨٧).

(٢) «رمز الحقائق»(٢: ١٥٥).

(٣) «تبيين الحقائق»(٥: ٦).

ولو ثَلَّثَ بلا واوٍ فأحدَ عشرَ، ومع واوٍ فمئةٌ واحدَ وعشرون، وإن ربَّعَ زِيدَ ألفٌ

(**ولو ثَلَّثَ**[1] **بلا واوٍ فأحدَ عشرَ**)؛ لأنَّه لا نظيرَ للثَّلاثة بلا واو، فالأقربُ منه اثنانِ بلا واوٍ يعني أحدَ عشر، (**ومع واوٍ**[2] **فمئةٌ واحدَ وعشرون، وإن ربَّعَ زِيدَ ألفٌ**)، يعني إنْ ربَّعَ[3] لفظَ كذا مع الواو، فيكونُ ألفٌ ومئةٌ وأحدَ وعشرون.

ولو قال: له عليَّ كذا وكذا بحرف العطف، يلزمه أحد عشرون درهماً؛ لأنَّه فصل بينهما بحرف العطف، وأقلّ ذلك من العدد المفسَّر: أحد وعشرون، وأكثرُه تسعةٌ وتسعون، فالأقلُّ يلزمُه من غير بيان، والزيادةُ تقف على بيانه، وعند الشافعيِّ ﷺ: يلزمه درهمان. كذا في «الرمز»(١).

[١]قوله: ولو ثَلَّثَ...الخ؛ يعني لو ثَلَّثَ لفظ كذا، بغيرِ ذكرِ حرف العطف؛ بأن قال بلا واو: له عليّ كذا كذا كذا درهماً، فيلزمُه أحدَ عشر أيضاً؛ لأنَّه لا نظيرَ له في ألفاظِ العدد، فيحملُ الواحدُ منها على التكرارِ ضرورةَ عدم ثلاثة أعداد يجمع بينهما بلا ذكر عاطف، ويكون المراد أحد عشر؛ لكونه أقرب.

[٢]قوله: ومع واو... الخ؛ يعني ولو ثلَّث لفظ كذا مع ذكر حرف العطف؛ بأن قال: له عليّ كذا وكذا وكذا درهماً، فيلزمه مائة وأحد وعشرونَ درهماً؛ لأنَّه أقلّ ما يعبرُ عنه بثلاثة أعداد مع الواو.

[٣]قوله: إن ربَّع...الخ؛ يعني أن ربَّع لفظ كذا، مع تثليث الواو، بأن قال: له عليَّ كذا وكذا وكذا وكذا درهماً يلزمه [ألف و]مئة وأحد وعشرون؛ لأنَّه أقلّ ما يعبَّرُ عنه بأربع أعدادٍ مع الواو، فيحملُ على الأقلِّ المتيقّنِ دون الأكثر؛ إذ الأصل في الذمم البراءة.

ولو خمَّس يزاد عشرة آلاف، ولو سدَّس يزاد مئة ألف، ولو سبّع يزاد ألف ألف، وكلّما زاد عدداً معطوفاً بالواو، وزيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى. كذا في «البحر»(٢)، وغيره.

ولو قال: كذا كذا درهماً وديناراً فعليه أحدَ عشر مثلهما بالسوية؛ لأنَّه ذكرَ عدداً مبهماً واشترك فيه جنسين، فيلزمه النصف من كلِّ واحد منهما، بخلاف ما إذا قال: كذا

(١) «رمز الحقائق»(٢: ١٥٥).

(٢) «البحر الرائق»(٧: ٢٥١).

وعليَّ وقِبلي إقرارٌ بدين، وصُدِّقَ إن وَصَلَ به، هو وديعة، وإن فصلَ لا

(**وعليَّ وقِبلي إقرارٌ بدين**[1]، **وصُدِّقَ**[2] **إن وَصَلَ به، هو وديعة، وإن فصلَ لا**): لأنَّ ظاهرَهُ الإقرارُ بالدَّين، فقولُهُ: هو وديعة؛ يكونُ بيانُ تغييرٍ بتأويلِ أن عليه حفظَ الوديعة، وهو يصحُّ موصولاً لا مفصولاً كالاستثناء والتَّخصيص.

كذا درهماً، وكذا كذا ديناراً، حيث يلزمُهُ واحد من كلِّ واحدٍ من العددين إلى كلِّ واحدٍ من المالين، وعلى هذا في المفسّر، فإنّه إذا قال: عليَّ أحدَ عشرَ درهماً وديناراً، لزمَه من كلِّ واحدٍ منهما النصف، ولو قال: عليَّ أحد عشر درهماً وأحدَ عشر ديناراً يلزمه من كلِّ واحدٍ منهما أحد عشر.

والأصل فيه: إنّه متى ذكرَ مقداراً وأضافه إلى صنفين من المالِ يجبُ نصف كلِّ واحدٍ منهما، كما إذا أقّر لرجلين، ينقسم عليهما نصفين، مثاله: ما إذا قال: عليَّ مئةُ مثقال ذهب وفضَّة، أو كرَّ حنطة وشعير، يجب عليه نصفُ كلِّ واحدٍ منهما. كذا في «التبيين»(1)، وغيره.

[1]قوله: **وعليّ وقِبلي إقرارٌ بدين**؛ يعني لو قال: له عليّ أو قِبلي كذا، فقد أقرَّ بالدَّين؛ لأنَّ كلمتَه: عليَّ للوجوب، وقبلي ينبئ عن الضمان، يقال: قبل فلان عن فلان: أي ضَمِن، والكفيلُ يسمَّى قبيلاً، والصكُّ يسمى قبالة. كما ذكرناه في «كتاب الكفالة».

وفي بعض نسخ «مختصر القُدُوريّ» في قوله: قبلي؛ إنه إقرارٌ بالأمانة؛ لأنَّ اللفظَ يتناولُ الأمانةَ والدينَ كليهما، يقال: ليس لي قبل فلان دينٌ وليس قبل فلان وديعة.

وكذا إذا قال: لا حقَّ لي قبل فلان؛ يراد به الإبراء عن الدين والأمانة جميعاً، والأمانةُ أقلُّهما لعدم الضمان فيه فيحمل قولُ المُقِرِّ عليه؛ لكون الأدنى هو المتيقَّن، والأوّل هو المذكور في «المبسوط»، وهو الأصح؛ لأنَّ استعماله في الديون أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أوجه(2).

[2]قوله: **وصدّق**...الخ؛ يعني: وقال المقرّ في قوله: عليَّ أو قِبلي، هو وديعة،

---

(1) «تبيين الحقائق»(5: 7).

(2) ينظر: «منح الغفار»(ق2: 178/ب).

وعندي، أو معي، أو في بيتي، أو في كيسي، أو في صندوقي أمانة. وقولُهُ لمدَّعي الألفَ: اتَّزنها

(وعندي[١]، أو معي، أو في بيتي، أو في كيسي، أو في صندوقي أمانة. وقولُهُ لمدَّعي الألفَ[٢]: اتَّزنها[٣]

ووَصَلَ قولَه: عليَّ أو قبلي بقوله: هو وديعةٌ، صُدِّق؛ لأنّهما ينبئان عن الوجوب، والحفظ واجب على المودع، والمالُ محلُّ الحفظ، فجاز إرادة الحال عند ذكر المحلّ، كما في قولهم: نهر جارٍ.

لكنَّه تغييرٌ عن أصل الوضع، فيصدَّقُ إذا وَصَلَ به، لا إن فَصَلَ عنه؛ لأنّه صار بيانُ تغيير، وهو يقبل إذا كان موصولاً دون مفصول، كما ترى في الاستثناء والتخصيص وغيرهما من المغيِّرات(١).

[١]قوله: **وعندي**...الخ؛ يعني ولو قال: عندي، أو قال: معي، أو قال: في بيتي، أو قال: في كيسي، فهو إقرارٌ بأمانة، لأنَّ هذه المواضع محلّ للعينِ لا الدَّين، إذ محلّه الذمة، والعين يحتملُ أن تكونَ مضمونة أمانة، والأمانة أولى فيحملُ عليها.

وهذا لأنَّ كلمة عند للظرف، ومع للقران، وما عداهما لمكان معيّن، فيكون من خصائص العين، ولا يحتملُ الدَّينُ لاستحالةِ كونه في هذه الأماكن، فإذا كانت من خصائصِ العينِ تعيّنتِ الأمانة لما ذكرنا؛ ولأنَّ هذه الكلمات في العرف والعادات تستعمل في الأمانات، ومطلقُ الكلام يحمل على العرف، صرَّح به في «المنح»(٢)، وغيره.

[٢]قوله: **مدَّعي الألف**؛ يعني إنَّ رجلاً لو قال: مَن ادّعى ألفاً اتّزنها، أو انتقدها ونحو ذلك مما هو المذكور في المتن، فيكون هذا إقرار، وإن قال: له اتّزن أو انتقد ونحو ذلك بلا ذكر الضمير، فلا يكون إقراراً.

[٣]قوله: **اتّزنها**؛ أمر معناه خذ بالوزن الواجب لك على أصله، أو اتزنها قلب الواو تاء، وأدغمت في التاء، وإنّما أنّث الضميرَ مع أنَّ الألفَ من العدد اعتباراً للدراهم.

---

(١) ينظر: «منح الغفار»(ق٢: ١٧٨/ب).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٧٨/ب).

أو انتقدها، أو أجّلني بها، أو قضيتكها، أو أبراتني منها، أو تصدَّقت بها عليّ، أو وهبتَها لي، أو أحلتُك بها على زيد إقرارٌ، وبلا ضميرٍ لا

أو انتقدها، أو أجّلني بها، أو قضيتكها، أو أبراتني منها، أو تصدَّقت بها عليّ، أو وهبتَها لي، أو أحلتُك بها على زيد إقرارٌ[1]، وبلا ضميرٍ لا)؛ **لأنه إن لم يذكرْ** الضَّمير[2] يُحتملُ أن يرادَ: زن كلامَك بميزان العقل، أو انتقد كلامك، ولا تقل قولاً زيفاً.

وأجّلني: يرادُ به أمهلني في الجواب.

وقضيتُ: يراد به حكمتُ بأنّك كاذب.

وأبرأتني من أن لا تدَّعي عليّ.

وتصدَّقتَ عليَّ كثيراً، فما بالك تدَّعي عليَّ بلا حقّ.

ووهبتني كثيراً كما في تصدَّقت.

وأحلت لك مالاً على زيد، فما صنعتَ به.

[1]قوله: **إقرار**؛ هذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء، أمّا إذا كان على سبيل الاستهزاء، وشهدَ الشهود بذلك لم يلزمه شيء، أمّا إذا ادّعى أنه قال مستهزئاً لم يقبل منه، كمَن طلّقَ امرأتَه وقال: عنيت طلاقاً من وثاق. كذا في «المنح»(١)، وغيره.

[2]قوله: **لأنه إن لم يذكر الضمير...الخ**؛ تقريرُ الاستدلال: إنَّ الهاءَ كنايةٌ عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك، فصار كأنّه أعادّ المدّعي وهو الألف، فيكون إقراراً بها.

بخلاف ما إذا لم يكن فيه ضميرٌ يرجعُ إلى الألف؛ **لأنّه لا** دليل على انصرافه إلى المذكور، فيكون كلاماً مبتدأ، ويراد: زنْ كلامك بميزانِ العقل، كي يظهرَ صوابه، وانتقد كلامك، ولا تقل قولاً ضعيفاً، وأمهلني في الجواب، وحكمتُ بأنّك كاذب، وأبرأتني من أن لا تدَّعي عليّ، وتصدقت عليّ كثيراً فما بالك تدَّعي عليّ بلا حقّ ووهبتني كثيراً، وأحلت لك مالاً على زيد فما صنعت به، فلا يلزمه شيء.

والأصلُ فيه: إنَّ الجوابَ ينتظمُ إعادة الخطاب؛ ليفيدَ الكلام، فكلُّ ما يصلحُ

---

(١) «منح الغفار» (ق٢: ١٧٩/ب).

وإن أقرَّ بدينٍ مؤجَّلٍ صُدِّقَ المقرُّ له إن قال: هو حالّ وحلفَ به

(وإن أقرَّ[١] بدينٍ مؤجَّلٍ صُدِّقَ المقرُّ له إن قال: هو حالّ وحلفَ به): أي حلفَ المقرُّ له على أنَّه ليس بمؤجَّل، فيجبُ له الدَّينُ حالاً.

جواباً ولا يصلح ابتداءً يجعلُ، وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما فإنه يجعل ابتداء؛ لوقوعِ الشكِّ في كونه جواباً، فلا يجعل جواباً؛ لئلا يلزمُهُ المالُ بالشكّ، فإن ذكرَ الضمير يصلحُ جواباً لا ابتداءً، وإن لم يذكرْه لا يصلح جواباً أو يصلح ابتداءً وجواباً فلا يكون إقراراً بالشكّ، وهذا إذا كان الجوابُ مستقلاً.

وإن كان غير مستقل كقوله: نعم؛ يكون إقراراً مطلقاً؛ لأنّه غير مستقل، كقوله: نعم، يكون إقراراً مطلقاً؛ لأنّه غير مستقلّ، وقد أخرجه جواباً، وهو صالح له، فصار ما تقدَّم من الخطابِ كالمعاوضةِ فيه. صرَّحَ به الزَّيْلَعِيُّ[١]، وغيره.

وقال الشافعيّ وأحمد ﷺ في اتَّزنَ وانتقد: إنّه ليس بإقرار وبه قال بعض أصحاب مالك ﷺ؛ لأنّه يحتمل الإقرار، ويحتملُ الاستهزاء، والمبالغةَ في الجحود، فلا يكون إقراراً بالشكّ، ذكره الشُّمُنّيُّ في «كمال الدراية»[٢].

[١]قوله: وإن أقرّ...الخ؛ يعني إنّ رجلاً لو أقرَّ بدينٍ مؤجّل، وقال المقَرُّ له: هو حالٌّ، صُدِّقَ المقرُّ له، وحلفَ على الأجل؛ لكونِه منكراً، ويجب [على] المقرّ ذلك الدين حالاً؛ لأنّه أقرَّ بحقٍّ على نفسِه، وادّعى حقّاً على المقرّ له، فإقرارُهُ في حقّه حجّة، وفي حقّ غيره دعوى، ولا تقبل دعواه بلا حجّة.

وعند الشافعيّ ﷺ وأحمد ﷺ لزمَه مؤجّلاً مع يمينه. ذكرَه العَيْنِيُّ في «شرح الكنز»[٣].

بخلافِ ما لو أقرّ بالدراهم السود فكذَّبه في صفتها، حيث يلزمه: أي المقرّ ما أقرَّ به فقط، ولا يقبلُ قول المقَرّ له فيه؛ لأنّ السودَ نوعٌ من الدراهم، والقولُ قولُ المُقِرّ في النوع، والأجلُ لا يثبتُ بنفسِ العقد، بل بالشرط.

فالقول قولُ المنكرِ في العوارض، كإقرارِ الكفيل بدينِ مؤجّل؛ فإنّه يكون القول

(١) في «تبيين الحقائق»(٥: ٨).

(٢) «كمال الدراية»(ق٥٨٩).

(٣) «رمز الحقائق»(٢: ١٥٦).

ومئةٍ ودرهم كلُّها دراهم، وفي مئةٍ وثوب، ومئةٍ وثوبان تفسَّرُ المئة، ومئة وثلاثةُ أثواب كلُّها ثياب

(**ومئةٍ ودرهم**[1] **كلُّها دراهم، وفي مئةٍ وثوب، ومئةٍ وثوبان تفسَّرُ المئة، ومئة وثلاثةُ أثواب كلُّها ثياب**)، اعلم أن في قوله: لفلانٍ عليَّ مئة ودرهمٌ عند الشَّافِعِيّ(١) ﷺ تفسَّرُ المئةُ كما في عليَّ مئةٌ وثوب، وهو القياس[2]، وعندنا[3]: إذا ذَكَرَ بعد لفظِ العددِ ما هو من المقدَّرات

قوله في الأجل دون المقَرِّ له؛ لأنّ الأجل في الكفالة يثبت فيهما من غير شرط، بأن كفل ديناً مؤجّلاً. كذا في «المنح»(٢)، وغيره.

[١]قوله: **ومئة ودرهم**...الخ؛ يعني لو قال: له عليّ مئة ودرهم، فالكلُّ دراهم، ويلزمُهُ مئة درهم، ودرهم واحدٌ استحساناً عندنا؛ لوقوعِ درهم تفسيراً للمئةِ المبهمة، والقياسُ أن يرجعَ في تفسيرِ المئة إليه، وهو قولُ الشافعيّ ﷺ.

وكذا كلُّ ما يكال أو يوزن، فلو قال: له عليَّ مئةٌ وقفيزُ حنطة، يلزمُهُ مئة قفيز وقفيز حنطة، وإن قال: له عليّ مئة وثوب، أو قال: له عليّ مئة وثوبان، لزمه تفسير المئة، فيلزمُهُ ثوبٌ واحد في الصورة الأولى، وثوبان في الصورة الثانية بالاتّفاق؛ لأنّ المئة مبهمة، والثوب عطفٌ عليها لا تفسير لها؛ لأنَّ المعطوف لم يوضع لتفسير المعطوفِ عليه، ولم يكن من قبيل الاكتفاء.

كما في مئة ودرهم، وإن قال: له عليَّ مئة وثلاثة أثواب فالكلّ ثياب، فيلزمها أثواب في الكلّ؛ لأنّه ذكرَ عددين مبهمين، وذكر عقبهما مميّزاً بلا واو، فينصرفُ إليهما؛ لاستوائهما في الحاجةِ إلى التفسيرِ لعدد واحد بالاقتران.

[٢]قوله: **وهو القياس**؛ حاصلُهُ: إنَّ القياسَ هو أن يرجعَ في تفسيرِ المئة إليه، في قوله: مئة ودرهم كما في قوله: مئة وثوب، أو مائة وثوبان، وهو قول الشافعيّ ﷺ؛ لأنَّ عطف مفسَّراً على مبهم في الفصلين، والمعطوف غير المعطوف عليه، ولم يوضعْ للبيان، فبقيت المئة على إبهامها، كما في عطف الثوب عليها.

[٣]قوله: **وعندنا**...الخ؛ هذا هو الاستحسان، وتقريره: إنَّ عطف الموزون

(١) ينظر: «التنبيه»(ص١٦٥)، وغيره.

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ١٨٠/أ).

والإقرارُ بدابةٍ

كما إذا قال: مئةٌ ودرهم، ومئةٌ وقفيزُ حنطة تكونُ المئةُ من جنسِ ذلك المقدَّر قياساً على ما إذا ذَكَرَ بعد لفظ العدد عدداً آخر، نحو: مئةٍ وثلاثة أثواب، وإن لم يكنْ من المقدَّرات كالثَّوب مثلاً فحينئذٍ يفسِّرُ المئة.

(والإقرارُ بدابةٍ[1]

والمكيل على عددٍ مبهم يكون بياناً للمبهم عادة؛ لأنَّ الناسَ استثقلوا تكرارَ التفسيرِ عند كثرةِ الاستعمال، وذلك فيما يجري فيه التعامل، وهو ما يثبتُ في الذمّة، وهو المكيل والموزون، واكتفوا بذكرِهِ مرَّة؛ لكثرةِ أسبابِهِ ودورانِهِ في الكلام.

بخلافِ الثيابِ وغيرها ممّا ليس من المقدّرات؛ لأنّها لا يكثرُ التعاملُ بها لعدمِ ثبوتها في الذمَّة في جميع المعاملات، فلم يستثقلوا ذكرها؛ لقلَّة دورانها في الكلام، والاكتفاءُ بالثاني للكثرة، ولم توجد، فبقي على القياس.

بخلاف قوله: مئة وثلاثة أثواب، حيث يكونُ الأثوابُ تفسيراً للمئة أيضاً، ويستوي فيه المقدَّرات وغيرها؛ لأنّه ذكرَ عددين مبهمين، فأعقبهما بتفسير، فينصرفُ إليهما، فيكون ثياباً لهما، وهذا بالإجماع؛ لأنَّ عادتهم جرت بذلك.

ألا ترى أنّهم يقولون: أحدَ وعشرون ثوباً، وثلاثة وخمسون درهماً، فينصرف التفسيرُ إليهما؛ لاستوائهما في الحاجة.

وفي «النهاية»: روى ابن سماعة ﷺ عن أبي يوسفَ ﷺ في قوله: مئة وثوب: إنّ الكلَّ من الثياب، وكذا في قوله: مئة وشاة، ووجهه: إنَّ الثيابَ والغنم تُقْسَمُ قسمةً واحدة، بخلافِ العبيد، فإنّهم لا يقسمون قسمةً واحدة، وما يقسّم قسمةً واحدة تتحقّقُ في أعدادها المجانسة، فيمكن أن يجعلَ المفسَّرُ منه تفسيراً للمبهم، وهذا ليس بظاهر، فإنَّ عندهما يقسمُ العبيد كالغنم، ولا يقسمون عند أبي حنيفةَ ﷺ. كذا في «التبيين»(1)، وغيره.

[1]قوله: والإقرار بدابّة...الخ؛ يعني لو أقرَّ بدابةٍ في اصطبلٍ لزمه الدابّة فقط، ولا يلزمه الاصطبلُ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف ﷺ؛ لأنَّ غصبَ الاصطبلِ لا يتحقّق لعدمِ إمكان النقل؛ لكونه محلاً للغير، فلا يكون الاصطبل تابعاً للدابّة.

---

(1) «تبيين الحقائق»(٥: ٨ - ٩).

في اصطبل يلزمها فقط، وخاتم يلزم حلقتُهُ وفَصُّه

في اصطبل[١] يلزمها فقط[٢]، وخاتم[٣] يلزم حلقتُهُ وفَصُّه[٤]): أي الإقرارُ بخاتمٍ يلزمُهُ حلقتُهُ وفصُّه، فهذا من بابِ العطفِ على معمولي عاملينِ مختلفين، والمجرورُ مقدَّمٌ نحو في الدارِ زيد، والحجرةِ عمرو

وعلى قياسِ قولِ محمَّد ﷺ: يضمنها؛ لأنَّ غصبَ العقار يتحقّق عنده، وعلى هذا الطعام في البيت، وإن أقّر بخاتم يلزمُهُ حلقتُه وفصُّه جميعاً؛ لإطلاق الاسم على جميع الأجزاء؛ ولهذا يدخلُ الفصُّ في بيع الخاتم من غير تسمية.

[١]قوله: **في اصطبل**؛ الاصطبلُ للدَّوابِّ معروفٌ عربيٌّ، وقيل: معرَّبٌ وهمزته أصل، والجمع إصطبلات. كذا في «المصباح المنير»(١)، وفي «منتهى الأرب»: اصطبل: جاى باش ستورلغت شامي ست. انتهى.

وفي «الصراح»: إصطبل بالكسر: آخر جاى ستور، وألفه أصليّة؛ لأنَّ الزيادة لا تلحقُ الرباعيّات من أوائلها لا الأسماء الجارية على أفعالها، وهي من الخماسيات أبعد، وقال عمرو: الإصطبل ليس من كلام العرب. انتهى(٢).

[٢]قوله: **يلزمها فقط**؛ إنّما قال: يلزمها فقط؛ لأنَّ هذا الكلامَ إقرارٌ بهما جميعاً؛ لأنَّ اللزوم إنّما يثبتُ في الدّابّة فقط عند الشيخين ﷺ.

[٣]قوله: **خاتَم**؛ - بفتح التاء وكسرها - . كذا في «الصراح».

وقال في «المصباح»(٣): ومنه الخاتم بفتح التاء وكسرها، والكسرُ أشهر، قالوا: والخاتمُ حلقةٌ ذاتُ فصٍّ من غيرها، فإن لم يكن لها فصٌّ فهي فتخةٌ، بفاء وتاء مثناة من فوق، وخاء معجمة، وزان قصبة، وقال الأَزْهَرِيُّ: الخاتمُ بالكسر الفاعل، وبالفتح ما يوضع على الطينة. انتهى.

[٤]قوله: **وفصّه**؛ في «المصباح»(٤): فصُّ الخاتم: ما يركبُ فيه من غيره، والجمعُ فصوص، مثل فَلْس وفُلُوس، قال الفَارَابيُّ وابنُ السِّكِّيت: كسر الفاء رديء. انتهى.

---

(١) «المصباح»(ص١٦).

(٢) ينظر: «اللسان»(١ : ٨٨).

(٣) «المصباح»(ص١٦٣).

(٤) «المصباح»(ص٤٧٤).

وسيفٍ جفنُه وحمائلُه ونصلُه، وحَجلة العيدان والكسوة، وتمرٍ في قوصرة إيَّاهما

وكذا في قولِه: (وسيفٍ[1] جفنُه وحمائلُه ونصلُه، وحَجلة العيدان والكسوة[2]):
الحَجَلَةُ: البيتُ المُزيَّنُ بالثِّيابِ والسُّرُر.
(وتمرٍ في قوصرة[3] إيَّاهما(١))

وفي «القاموس»(٢): الفصُّ للخاتمِ مُثَلَّثَةٌ، والكسر غيرُ لَحْن. انتهى.

[١]قوله: وسيف...الخ؛ أي والإقرار بالسيف يلزمُ جفنه وحمائله ونصله؛ لأنَّ السيفَ اسمٌ يطلقُ على مجموعِ تلك الأشياء، فجفن السيف غلافه، والجمع جفون، وقد يجمع على أجفان، والحمائلُ جمعُ حمَّالة، بالكسر، وهي علاقة السيف، كذا قالوا.

وقال البِرْجَنْدِيُّ ﷺ: وهذا قول الخليل ﷺ، وقال الأَصْمَعِيّ ﷺ: حمائل السيفِ لا واحدَ لها من لفظها، وإنّما جاءَ واحدها مِحمَل بكسر الميمِ الأوّل، وفتح الثاني. كذا في «الصحاح»(٣). انتهى. والنصل: حديدةُ السيف، جمعه: نصول ونصال.

[٢]قوله: وحجلة العيدان والكسوة؛ أي والإقرارُ بحجلةٍ يلزمُ العيدان والكسوة؛ لإطلاق الاسم على الكلّ عرفاً، والحَجَلة بالفتحتين: واحد حِجال العروس، وهي بيتٌ يزيَّنُ بالثيابِ والأَسِرَّة والسُّتور، ذكره في «النتائج» نقلاً عن «الصحاح»(٤).

وقال في «الغياث اللغات»: حجله موضعي كربه بردها آرامسته كنندبراي عروس بهندي حهير كهت كويندا. انتهى.

والعيدان: أصله عودان، قلبت الواو ياءً لمجانسة كسرةِ ما قبلها، جمع العود، وهو الخشب، وجمعه أعواد أيضاً. والكسوةُ: اللِّباسُ بالضمِّ والكسر والجمع كسىً مثل مُدىً. كذا في «المصباح»(٥).

[٣]قوله: وتمر في قوصرة أياهما؛ يعني الإقرار بتمر في قوصرة يلزمهما جميعاً،

---

(١) أي لزماه كل من التمر والقوصرة؛ لأن القوصرة وعاء له وظرف له.ينظر: «شرح ابن ملك»(ق ١٤٤/أ).

(٢) «القاموس»(٢: ٣٢٣).

(٣) «الصحاح»(١: ٣٠١).

(٤) «الصحاح»(١: ٢٣٨).

(٥) «المصباح»(ص٥٣٤، ٤٣٦).

كثوبٍ في منديلٍ أو ثوب، وثوب في عشرةِ أثوابٍ واحداً

كثوبٍ[١] في منديلٍ[٢](١) أو ثوب، وثوب في عشرةِ أثوابٍ واحداً[٣])

فإنَّ الإقرارَ بالمظروفِ لا يتحقّق بدون ظرفه، حتى لو قال: من قوصرة، لا تلزمه القوصرة؛ لأنَّ كلمته من للانتزاع، فيكونُ مقرّاً بالمنزوعِ كما صرَّحوا به، والقوصرَّةُ بالتخفيف والتثقيل: وعاءُ التمرِ يتَّخذُ من قصب. كذا في «المصباح»(٢).

وقال في «المغرب»(٣): إنّما تسمَّى بذلك ما دام فيها التمر وإلاّ فهي زِنْبِيلٌ مبنيٌّ على عُرفِهم. انتهى.

[١]قوله: **كثوب في منديل**؛ أي كما أن الإقرار في ثوب في منديل أو في ثوب يلزمهما؛ لأنَّ المنديلَ أو الثوب الثاني ظرف، والإقرارُ بالمظروفِ لا يتحقّق بدون ظرفه.

[٢]قوله: **في منديل**؛ قال في «غيّاث اللغات»: مِنديل بكسر ميم، ودال مهملة: دستارودستارجه كه برميان بندند از كشف ومويد ومنتخب وبمعنى روبال ويارجه ناد وخترنيز نوشته اندا. انتهى.

[٣]قوله: **وثوب في عشرة أثواب واحداً**؛ أي الإقرارُ بثوبٍ في عشرةِ أثواب يلزمُ ثوبٌ واحدٌ، وهذا عند أبي يوسفَ ﷺ.

وقال محمّد ﷺ: عليها أحدَ عشرَ ثوباً؛ لأنَّ النفيسَ من الثيابِ قد يلفُّ في عشرة، كمَن جعله ظرفاً، كقوله: حنطة في جوالق، أو يحملُ كلامه على التقديم والتأخير، فيصيرُ كأنّه قال: عشرةُ أثواب في ثوب.

ولأبي يوسفَ ﷺ، وهو قول أبو حنيفةَ ﷺ أوّلاً: إنّ العشرةَ لا تكونُ ظرفاً لثوب واحد عادة، والممتنعَ عادة كالممتنعِ حقيقة؛ ولأنَّ الثوبَ إذا لُفَّ في ثيابٍ كان كلُّ واحدٍ منهما مظروفاً في حقّ وراءه، فلا يكون ظرفاً إلاّ الثوب الذي هو ظاهر، فلا يتحقّقُ أن يكونَ الكلُّ ظرفاً لواحد فلغا آخر كلامه.

---

(١) المِنديل: معروف، قال ابن فارس: مأخوذٌ من النَّدْل، وهو النَّقْل، وقال غيره: هو مأخوذٌ من النَّدْلِ وهو الوسخ؛ لأنه يُنْدَلُ به. ينظر: «معجم مقاييس اللغة» (٥: ٤١٠)، و«شرح صحيح مسلم» للنووي (٣: ٢٣٢)، و«المزهر في علوم اللغة وأنواعها»(٢: ١٩٢، ٧٤)، ولتفصيل الكلام في أحكامه ينظر: «الكلام الجليل فيما يتعلق بالمنديل».

(٢) «المصباح»(ص٥٠٤).

(٣) «المغرب»(ص٣٨٥).

وخمسةٍ في خمسةٍ بنيَّةِ الضَّربِ خمسة، وبنيَّةٍ مع عشرة

هذا عند أبي حنيفةَ[١] وأبي يوسفَ ﷺ، فإنَّ عشرةَ أثوابٍ لا تكونُ تابعةً لثوبٍ واحد، وعند محمَّد ﷺ يلزمُهُ أحدَ عشرَ ثوباً؛ لأنَّ النَّفيسَ يُلَفُّ في ثيابٍ كثيرة.

(**وخمسةٍ في خمسةٍ**[٢] **بنيَّةِ الضَّربِ خمسة، وبنيَّةٍ مع عشرة**)، وعند حسن بن زياد[٣] ﷺ

وحملُه على التقديم والتأخيرلا يمكن؛ لأنّ فيه احتيالاً لإيجاب المال مع الاحتمال؛ لأنَّ: في؛ قد تكون بمعنى البَيْن، قال الله ﷻ: ﴿ فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ﴾(١): أي بين عبادي، فلا يجب بالشكّ، وقوله: النفيسُ من الثياب قد تلفُّ في عشرةِ أثواب، منقوض بما إذا قال: غصبتُ منه كِرباساً في عشرة أثوابِ حرير، فإنّه يلزمُهُ الكلُّ عنده مع أنّه ممتنع عرفاً. كذا في «التبيين»(٢).

[١]قوله: **هذا عند أبي حنيفة** ﷺ؛ كونه مذهب الإمام ﷺ لمداره في موضع آخر، وقال الزَّيْلَعِيُّ في «التبيين»(٣): وهو قولُ أبي حنيفةَ ﷺ أولاً، كما مرّ، فظهرَ أنَّ الإمامَ قال به أوّلاً، ثمَّ رجعَ عنه. والله أعلم بالصواب.

[٢]قوله: **خمسة في خمسة**...الخ؛ يعني لو قال له: عليَّ خمسةٌ في خمسةٍ وأرادَ به الضربَ المصطلح: وهو يضعّفُ أحدُ العددين بقدر ما في الآخر من الآحاد، لزمه خمسة؛ لأنّ المقرَّ به خمسة مضروبة.

والخمسةُ إذا ضربت بخمسةٍ تكثُرُ أجزاؤها؛ لأنَّ عينَها تكثرُ، وتبلغُ خمسةً وعشرين، ولو أراد خمسةً مع خمسة، يلزمه عشرة؛ لأنَّ اللّفظَ وهو حرفُ: في؛ يحتمله مجازاً، فإذا نوى محتمل كلامه صحّت نيّته، خصوصاً إذا كان فيه تشديدٌ على نفسه على ما عرف في موضعه(٤).

[٣]قوله: **وعند حسن بن زياد** ﷺ؛ اللُّؤلؤيّ الكوفيّ الأنصاريّ، كان من أجلّة تلامذةِ الإمامِ الأعظم، وأحبِّ أصحابه، وكان فقيهاً نبيهاً، ومحبّاً للسنّة واتّباعها، قال

---

(١) الفجر: ٢٩.

(٢) «تبيين الحقائق»(٥: ١٠).

(٣) «تبيين الحقائق»(٥: ١٠).

(٤) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ١١).

....

يلزمُهُ خمسةٌ وعشرون[1]

يحيى بن آدم: ما رأيتُ أفقهَ منه، وكان يختلفُ إلى أبي يوسفَ ﷺ، وقيل: جمعَ اثنا عشرَ ألف حديث يحتاجُ إليه الفقهاء.

وروى عنه محمّد بن سماعة ﷺ، وعليّ الرازي وعمير والد الخصّاف ﷺ، وغيرهم، وولي القضاء بعد حفص بن غياث ﷺ في سنة أربعٍ وتسعين ومئة، ثم استعفى، ومات سنةَ أربعٍ ومئتين. هذا ملتقط من «أعلام الأخيار»، وفيه تفصيل إن شئت فارجع إليه.

[1]قوله: **يلزمُهُ خمسةٌ وعشرونَ** بعرفِ الحساب؛ لأنّهم يريدونَ به ارتفاع أحد العددين بقدرِ العددِ الآخر، وقال زفر ﷺ: يلزمُه عشرة؛ لأنَّ حرف: في؛ تستعمل بمعنى مع، قال الله ﷻ: ﴿ **فَادْخُلِي فِي عِبَادِي** ﴾(١): أي معهم، وهو الفاشي بين الكافّة.

ولنا: يرادُ به ارتفاعُ أحدِ العددين بقدرِ الآخر عند الخواصِّ من النّاس، وهم الحساب؛ وهذا لأنَّ حقيقةَ: في؛ أن تكون للظرف، ولا يتصوَّرُ أن تكون الدَّراهمُ ظرفاً للدَّراهم، فتعيَّن المجازُ المتعارفُ بين الناس، وبين اللَّفظين اتّصالٌ من حيث أنَّ كلَّ واحدٍ منهما للجمع، فصحَّت الاستعارة.

والجواب: إنَّ الحقيقةَ في كلمة: في؛ هي الظرفية، وهي إذا تعذَّرت تلغو، ولا يصار إلى المجاز للتَّعارضِ الصريح، فإنَّ كلمةَ: في؛ قد تستعملُ بمعنى: الواو؛ لاتّصال بينهما من حيث أنَّ كلَّ واحدٍ منهما للجمع، وقد تستعملُ بمعنى: مع؛ كما ذكرنا من قوله ﷻ: ﴿ **فَادْخُلِي فِي عِبَادِي** ﴾(٢).

وقد تستعملُ بمعنى: على؛ كما في قوله ﷻ حكايةً عن فرعون ﴿ **وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ النَّخْلِ** ﴾(٣): أي على جذوع النخل، وليس حملُها على البعضِ أولى من البعض فلغت، وما ذكرَ من عرفِ الحساب لا يستقيم في الموزون، وإنّما ذلك في الممسوح.

---

(١) الفجر: ٢٩.

(٢) الفجر: ٢٩.

(٣) طه: ٤١٢.

....

وقد ذُكِرَ في «كتاب الطّلاق[1]».

علا أنَّ الإرتفاعَ المذكورَ يرادُ به تكثير الأجزاء، لا تكثيرُ الأعداد، وتكثيرُ الأجزاءِ لا يوجبُ تكثيرَ الفرد، وهو المتعارف عند الحساب، هكذا قالوا(١).

وقال العَيْنِيُّ في «شرح الكنز»(٢): وفي «التقريب»: مذهب زفر ﷺ مثل قولُ الحسن ﷺ، وكذا قال في «المجمع»: وإن أرادَ الحسابَ ألزمناه بخمسة، لا خمسة وعشرين، فهذا كما عرفت يدلُّ على أنَّ اللازمَ عند زفر ﷺ خمسة وعشرين، كما هو مذهبُ الحسن ﷺ، وهو قولُ أحمد ﷺ، وروايةٌ عن مالك ﷺأيضاً. انتهى. فلعلَّ عن زفرَ ﷺ روايتين.

[١]قوله: **وقد ذكرَ في «كتاب الطلاق»**؛ قال في «كتاب الطلاق»: وفي أنتِ طالقٌ واحدةً في ثنتين، واحدة نوى الضرب أو لا، قالوا: لأنَّ عملَ الضرب في تكثيرِ الأجزاء لا في زيادةِ المضروب، وإن نوى واحدةً وثنتين فثلاثٌ في الموطوءة، وفي غير الموطوءة واحدة، مثل واحدة وثنتين.

أي إذا قال لغير الموطوءة: أنت طالق واحدة في ثنتين، ونوى واحدةَ وثنتين تقعُ واحدة، كما إذا قال لغير الموطوءة: أنت طالقٌ واحدة وثنتين تقع واحدة، وإن نوى مع ثنتين قُبِلَت، وفي ثنتينِ في ثنتين، ونوى الضرب ثنتان. انتهى.

اعلم أن الشارح البارع ﷺ عنون الاستدلالَ بقوله: قالوا، وقال أخي وأستاذي ﷺ في «عمدةِ الرعاية»: وفي مثل هذا التعبير إشارة إلى ضعفِه، كيف لا؟ وهو مخالفٌ للعرف.

ومن المعلوم أنَّ الاستعمالَ العرفيّ قاضٍ في هذا الباب، لا سيّما إذا وافقته نيَّة؛ ولذا رجَّحَ ابنُ الهُمام في «الفتح» وهو من أهل الترجيح قول زفر ﷺ، فليكن هو المعتمد، وإن كانت المتونُ على خلافِه؛ لقوَّةِ دليله، والعبرة بقوَّة الدليل. انتهى.

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ١٠ - ١١).

(٢) «رمز الحقائق»(٢: ١٥٧).

وفي من درهمٍ إلى عشرة، وما بين درهمٍ إلى عشرة، عليه تسعة، وفي له من داري ما بينَ هذا الحائطِ إلى هذا الحائط له ما بينهما

(**وفي من درهمٍ**[١] **إلى عشرة، وما بين درهمٍ إلى عشرة، عليه تسعة**)، هذا عند أبي حنيفة ﷺ؛ لأنَّ الغايةَ الأُولَى تدخلُ ضرورة، والأخيرةُ لا تدخلُ، وعندهما تدخلُ الغايتان، فتجبُ عشرة، وعند زُفَر ﷺ لا يدخل شيءٌ منهما، فيجب ثمانية (**وفي له**[٢] **من داري ما بينَ هذا الحائطِ إلى هذا الحائط له ما بينهما**)

[١]قوله: **وفي من درهم**؛ يعني لو قال: له عليَّ من درهم إلى عشرة، أو قال: له عليَّ ما بين درهمٍ إلى عشرةٍ تلزمُهُ تسعة، وهذا عند الإمام، وعندهما: تلزمُهُ العشرةُ كلُّها.

وقال زفر ﷺ: تلزمه ثمانية، وهو القياس؛ لأنّه جعلَ الدرهمَ الأوَّلَ والآخرَ حدّاً، والحدُّ لا يدخلُ في المحدود، فلا تدخلُ الغايتان، فصار كما إذا قال لفلان: من هذا الحائط إلى هذا الحائط، أو ما بين هذين الحائطين، فإنَّ الحائطين لا يدخلان في الإقرار، فكذا هذا.

ولهما: إنَّ الغايةَ لا بُدَّ أن تكون موجودة، إذ المعدومُ لا يصلحُ أن يكونَ حدّاً للموجود، ووجودها بوجوبها، فتدخل الغايتان بخلاف ما ذكر من المحسوس؛ لأنّه موجود، فيصلحُ حدّاً فلا يدخلان فيه.

وللإمام: إنّ الغايةَ لا تدخل في المغيا؛ لأنَّ الحدَّ يغايرُ المحدود، فهذا هو الأصلُ، كما قال زفر ﷺ، لكن هاهنا لا بُدَّ من إدخال الغايةِ الأولى ضرورةً؛ لأنَّ الدرهمَ الثاني والثالث لا يتحقّق بدون الأوّل، فدخلت الغايةُ الأولى ضرورةً.

ولا ضرورةَ في إدخال الغاية الثانية، فأخذنا فيها بالقياس، فلا يدخل؛ لأنَّ العددَ يقتضي ابتداءً، فإذا أخرجنا الأوَّل من أن يكون ابتداءً صار الثاني هو الأول، فيخرجُ هو أيضاً من أن يكون ابتداءً كالأوَّل، وكذا الثالثُ والرابعُ، فيؤدِّي إلى خروجِ الكلِّ من أن يكون واجباً فكان باطلاً(١).

[٢]قوله: **وفي له**...الخ؛ يعني مَن قال له: مَن داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط يلزمه ما بين الحائطين فقط دون الحائطين؛ لأنَّ الغايةَ لا تدخلُ تحت المغيا في

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ١١).

ولـو أقرَّ بالحملِ صحَّ، وحُمِلَ على الوصيّةِ من غيره، وكذا له إن بيَّن المُقِرُّ سبباً صالحاً كالإرثِ والوصيّة

والفرقُ[١] لأبي حنيفةَ ﷺ أن في قوله: ما بينَ الواحدِ إلى العشرةِ؛ لا وجودَ لِمَا بينَهما إلاَّ بانضمام الأوَّل، كما يقال سنِّي ما بين خمسينَ إلى ستّين: أي مع انضمام الآحاد التي دون الخمسين بخلاف ما بين الحائطين.

(**ولو أقرَّ**[٢] **بالحملِ صحَّ، وحُمِلَ على الوصيّةِ من غيره**): أي يُحْمَلُ هذا الإقرار أن رجلاً أوصى بالحملِ لرجل وماتَ الموصي، فالآن يقرُّ وارثُهُ بأنه للموصَى له.

(**وكذا له**[٣] **إن بيَّن المُقِرُّ سبباً صالحاً كالإرثِ والوصيّة**)

المحسوس ولا الابتداء بخلاف ما تقدم.

[١]قوله: والفرق...الخ؛ تقريرُ الفرق بين المسألتين على مذهب الإمام أنَّ في المسألةِ الأولى، وهي من درهم إلى عشرة أو من بين درهم إلى عشرة لا يتحقّقُ ما بين الواحد والعشرة إلا إذا انضمَّ الأول.

وهذا كما إذ قيل: سنِّي ما بين خمسينَ إلى ستِّين: أي مع انضمامِ الآحاد التي دون الخمسين، بخلاف المسألة الثانية، وهي له: من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط، فإن تحقّق ما بين الحائطين ووجوده لا يتوقّفُ على تحقّق الحائط الأوّل ووجوده.

[٢]قوله: ولو أقرّ...الخ؛ يعني لو أقرَّ الرجلُ بالحملِ بأن قال: حمل جاريتي هذه لفلان، أو حمل شاتي هذه لفلان، فإنّه يصحّ؛ لأنَّ في تصحيحِهِ وجهاً وهو الوصية من جهةِ غيره، فيحمل عليه، وإن لم يبيّن السبب.

وقال الشافعيّ ﷺ في قول نقلَه المزني ﷺ عنه: إن أطلق لا يصحّ، وفي قولٍ يصح؛ وهو الأصحّ، وبه قال أحمد ﷺ، وقال مالك ﷺ: يصحّ إن تيقّنَ وجودِ الحمل عند الإقرار. ذكره الشُّمُنِّيُّ في «كمال الدراية»(١).

ثم إن كان المقرُّ به حملَ جارية، فإنّما يستحقُّه المقَرُّ له إذا علمَ وجودَه عند الإقرار، واحتملَ ذلك بأن تضعَه لأقلَّ من ستّة أشهر. ذكره العَيْنِيُّ في «شرح الكنز»(٢).

[٣]قوله: وكذا له...الخ؛ يعني وكذا صحَّ الإقرارُ للحملِ إن بيّن المقرّ سبباً صالحاً

---

(١) «كمال الدراية»(ق٥٨٩).
(٢) «رمز الحقائق»(٢: ١٥٧).

....

....

ليتصوَّرَ الحمل: كالإرث والوصية؛ لقوله: أن يبيّن سبباً صالحاً يتعلّق بالإقرار للحمل؛ لأنَّ الإقرارَ للحملِ هو الذي يشترطُ فيه بيان السببُ الصالح؛ لأنّه إن بيَّنَ سبباً صالحاً بأن قال: ماتَ أبوه فورثه، أو أوصى له به فلانٌ يجوز، وإلاّ فلا.

وهذا عند أبي يوسفَ ﷺ، وقيل: أبو حنيفة ﷺ معه، وبه قال الشافعي ﷺ في قول، وعند محمَّد ﷺ: يجوز الإقرارُ له وإن لم يبيِّن السبب، وبه قال الشافعي ﷺ في الأصحّ، وأحمد ومالك ﷺ[1].

لمحمّد ﷺ في المسألة الخلافيّة: إنّ الإقرار حجَّةٌ موجبةٌ، فيجب إعمالُه بقدرِ الإمكان، وقد أمكنَ حملُه على السبب الصالح؛ لأنّه يمكن أنه ورثَه أو أوصى له به، فلا يصارُ إلى الإبطالِ مع الإمكان، فصار كإقرار العبد المأذون في التجاره، فإنّه يجوزُ لإمكانِ الجواز، وإن احتملَ الفساد بأن أقرَّ بمالٍ ليس من التجارة؛ ولهذا جازَ إقرارِه بالمحلّ مع احتمالِ الفساد.

ولأبي يوسفَ ﷺ: إنَّ لجوازِهِ طريقين: الإرث والوصية، وليس أحدُهما بأولى من الآخر، فيبطلُ كمَن اشترى عبداً بألفٍ ثمَّ باعَه، وعبداً آخر معه من البائع بألفٍ وخمسمئة، فإنّه يبطلُ في العبد المشترى، وإن أمكنَ جوازُه بأن يجعلَ الألفُ أو أكثرُ حصّة المشتري، والباقي حصَّة الآخر، بخلاف إقرارِ المأذون له؛ لأنَّ لصحّتِه جهةً واحدةً وهي التجارة.

وبخلاف الإقرارِ بالحمل؛ لأنَّ لصحّته جهةً واحدةً، وهي الوصيّةُ على ما قالوا؛ لأنَّ الحملَ وحدَه لا يملك إلاّ بالوصيّة فتعيَّنت سبباً؛ ولأنَّ مطلقَ الإقرارِ ينصرفُ إلى الإقرار بسبب التجارة؛ ولهذا يجوزُ إقرارُ العبدِ المأذون له، وينفذ إقرارُ أحد المتعاوضين على شريكه، ولولا ذلك لما جاز ولا نَفَذَ فصار كما إذا صرَّحَ به، ولا يتصور البيع مع الجنين ولا يلي عليه أحدٌ فيبطلُ.

وحاصلُه: إن للمسألة ثلاثَ صور: أن يبين الإقرارَ، فهو على الخلاف، وإمّا أن يبيِّن سبباً صالحاً فيجوز بالإجماع، وأن يبيِّنَ سبباً غير صالح فلا يجوز بالإجماع.

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٥٨٩).

فإن وَلَدَتْ حيّاً لأقلَّ من نصفِ حول

أي ويصحُّ الإقرارُ للحملِ إن بيَّنَ المقرُّ سبباً صالحاً كالإرثِ والوصيّة، فإنّ الوصيّةَ للحمل تصحُّ[1]، والحملُ يَرِث، وإن لم يبيّنْ سبباً صالحاً: كما لو بيَّنَ الهبة، أو قال: اشتريتُ له لا يصحّ[2]، وإنّما لا يحتاجُ إلى ذِكْرِ السَّببِ الصَّالحِ في الإقرارِ بالحمل؛ لأنَّ الوصيةَ متعيِّنةٌ هناك بخلافِ الإقرارِ للحمل، فإنّ الأسبابَ متعارضةٌ كالإرثِ والوصية.

(فإن وَلَدَتْ حيّاً[3] لأقلَّ من نصفِ حول[4]): أي من وقتِ الإقرار

كذا في «المنح»(١)، و«التبيين»(٢)، وغيرهما.

[١]قوله: تصحّ؛ لأن الوصية استخلاف من وجه؛ لأن الموصي يجعل الموصى له خليفةً في بعض ماله، والجنين صلح خليفةً في الإرث، فكذا في الوصية إذ هي أخته.

فإن قيل: لو كانا أختين لما جاز ردُّها كما لم يجزْ ردّه.

قلنا: إن الوصيّة ترتدّ بالردّ لما فيها من معنى التمليك دون الميراث؛ لعدم ذلك فيه.

[٢]قوله: لا يصح؛ فإن قلت: ظاهر إقراره يقتضي الوجوب، فكيف يقدر على إبطاله ببيان سبب غير صالح، والإبطال رجوع عن الإقرار، وهو لا يملك الرجوع.

قلنا: هذا ليس برجوع: وإنّما هو بيانُ سببٍ محتمل؛ لأنّه يحتملُ أن أحداً من أوليائه باعَ عنه فيحسب أن ذلك صحيح، فيقرّ به فيضيفه إلى الجنين أيضاً مجازاً، كما يقال: بنى فلان داراً، وإن كان الباني غيرُه من الأُجراء.

[٣]قوله: حيّاً؛ قيّدَ به لأنّها ولدته ميّتاً، ردّ ما أقرّ به إلى ورثةِ الموصي إن كان السببُ الوصيّة، وإلى ورثةِ أبيه إن كان السببُ أنَّ أباه تركَه ميراثاً له، وإن ولدت ذكرين أو أنثيين، فبينهما نصفان، وإن ولدت ذكر أو أنثى فكذلك في كمال الوصيّة، وفي الإرثِ للذكّر مثلُ حظّ الأنثيين. كذا في «الدراية».

[٤]قوله: لأقلّ من نصف حول؛ وإن جاءت به لأكثرَ من سنتين، وهي معتدّة

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٨٢/أ).

(٢) «تبيين الحقائق»(٥: ١٢).

فله ما أقرّ، وإن وَلَدَتْ حيَّينِ فلهما، وإنْ وَلَدَتْ ميّتاً فللموصي والمُوَرِّث، وإن فَسَّرَ ببيع، أو إقراض، أو أبهم الإقرار لغا

(فله ما أقرّ، وإن وَلَدَتْ حيَّينِ فلهما، وإنْ وَلَدَتْ ميّتاً فللموصي والمُوَرِّث)؛ لأنَّهُ إذا بيَّنَ السَّبب، وقال: إنّ فلاناً أوصى بهذا للحمل، أو إنّ فلاناً ماتَ وتركَهُ ميراثاً له، فيكونَ هذا إقراراً بملكِ الموصي، أو المورِّث[1]، فيقسمُ بين ورثتِهما.

(وإن فَسَّرَ ببيع[2]، أو إقراض، أو أبهم الإقرار لغا)، هذا عند أبي يوسفَ ﷺ، وعند محمَّد ﷺ يصحُّ الإقرار، ويحملُ على السَّبب الصَّالح.

فكذلك، وأمّا إذا جاءت به لأكثرَ من ستَّةِ أشهر، وهي غيرُ معتدّة لم يلزمه. كذا في «البناية»(١).

[١]قوله: **فيكون هذا إقراراً بملك الموصي أو المورِّث**؛ إذا تركه مبقاة على ملك الميّت ما لم يُصرف إلى ورثتِه أو إلى مَن أوصى له.

[٢]قوله: **وإن فسَّرَ ببيع...الخ**؛ يعني إن فسَّرَ المقرُّ الإقرارَ بسببٍ غير صالح بأن قال: إنّه باعَ منّي هذه الدار بكذا، أو أقرضني، أو وهبَ منّي كذا لا يلزمه شيء، أو أبهمَ المقرُّ الإقرارَ بلا بيان سببٍ أصلاً.

بأنّ قال: عليَّ لحملِ فلانة كذا؛ لغا ذلك الإقرار فلا يلزمه شيء أيضاً؛ لأنه في صورةِ التفسير بيّن مستحيلاً؛ لعدم تصوّرها من الجنين لا حقيقة، وهو ظاهر، ولا حكماً؛ لأنّه لا يولي عليه.

وأمّا في صورةِ الإبهام؛ فلأنَّ مطلقَ الإقرارِ ينصرفُ إلى الإقرارِ بسبب التجارة، فيصيرُ كما إذا صرَّح به، ولا يصحّ، فكذا هذا، وهذا عند أبي يوسفَ ﷺ خلافاً لمحمّد ﷺ، فإنّ عنده يصحّ الإقرار، ويحملُ على السبب الصالح، وبه قالت الثلاثة.

ووجهه: إنّ الإقرارَ حجَّةٌ موجبةٌ، فيجبُ إعمالُه ما أمكن حمله على السبب الصالح؛ لأنّه يمكن أنّه ورَّثه أو أوصى له به، فلا يصار إلى الإبطال مع إمكان الصحَّة. كما تقدّم ذكره.

(١) «البناية»(٧: ٥٦٠).

وإن أقرَّ بشرطِ الخيار، صحَّ وبطلَ شرطُه

(وإن[1] أقرَّ بشرطِ الخيار)، بأن قال: لفلان عليَّ ألفٌ درهمٍ على أنّي بالخَيار فيه ثلاثةَ أيّام، (صحَّ وبطلَ شرطُه)؛ لأنَّ الخيار[2] للفسخ، والإقرارُ لا يحتملُه.

ومن المسائلِ الكثيرةِ الوقوع: أنّه إذا أقرَّ[3]، ثُمَّ ادَّعى أنّه كاذبٌ في الإقرار

[1]قوله: وإن أقرّ...الخ؛ صورةُ المسألة: إنّ رجلاً أقرّ بدينٍ من قرضٍ أو غصبٍ أو وديعةٍ مستهلكةٍ أو قائمةٍ على أنّه بالخيار في إبقاءِ الإقرارِ ثلاثة أيّام، فالإقرارُ صحيح، وشرطُهُ باطل، ولزمه المال؛ لوجودِ الصيغةِ الملزمة، أعني قوله: علي ونحوه، ولم ينعدم اللّزومُ بهذا الشرط الباطل، وهذا إذا كان المُقَرُّ به لا يقبلُ الخيار.

وأمّا إذا قال: عليّ ألف درهم من ثمنِ مبيعٍ بعته على أنّي بالخيار صحّ الإقرار، وثبتَ الخيار إذا صدَّقَه المقرُّ له أو أقام على ذلك بيّنة؛ لأنَّ المُقرَّ به عقدٌ يقبلُ الخيار، فيصحُّ إذا ثبتَ بحجّة، وإن كذَّبه المقرُّ له لم يثبتْ الخيار، وكان القولُ قولَ المقرِّ له؛ لأنّه من العوارض كالأجل، والقولُ في العوارض قول المنكر. كما صرّحوا به.

[2]قوله: لأنَّ الخيار...الخ؛ تقريره: إنَّ الخيار إنّما يكون للفسخ، والإقرار لا يحتمله؛ لأنَّ الإقرارَ هو إخبارٌ عن الكائن، وليس بإنشاء، والإخبارُ لا يقبل الخيار؛ لأنَّ الخيارَ يتغيَّرُ به صفةُ العقد، ويتخيَّر مَن له الخيار بين فسخه وإمضائه، والخبرُ لا يتصوَّرُ فيه ذلك؛ لأنّه إذا كان صادقاً فهو واجبُ العمل، اختارَه أو لم يختره.

وإن كان كاذباً فهو واجبُ الردّ، ولا يتغيَّر باختياره وعدم اختياره، فتعيَّنَ الإلغاء، ولأنَّ الخيارَ في معنى التعليقِ بالشرط، والخبر لا يحتمله؛ لعدم حكمه، وهو الإعلام.

[3]قوله: إذا أقرّ...الخ؛ يعني إذا أقرَّ بحقٍّ ثمَّ قال: كنت كاذباً فيما أقررت به، فعند أبي حنيفةَ ومحمّد ﷺ: لا يلتفتُ إلى قوله، بل يؤمرُ بتسليم المقرِّ به إلى المقرِّ له، وهو القياس؛ لأنَّ الإقرارَ حجّةٌ ملزمةٌ شرعاً فلا يصار معه إلى اليمين كالبيّنة بل أولى؛ لأنَّ احتمالَ الكذبِ فيه أبعد؛ لتضرّره بذلك.

وعند أبي يوسفَ ﷺ: حلف المقرُّ له أنّ المقرَّ لم يكن كاذباً فيما أقرّ ولستُ بمبطلٍ فيما تدَّعي عليه، وهو الاستحسان، ووجهه أنَّ العادةَ جرت بين النّاس أنّهم يكتبون صكَّ الإقرارِ ثمَّ يأخذونَ المال، فلا يكونُ الإقرارُ حجّة على اختيارِ هذه الحالة، فيحلف.

....

فعند أبي حنيفةَ ﷺ ومحمَّد ﷺ: لا يلتفتُ إلى قولِه لكن يُفْتَى على قولِ أبي يوسف ﷺ: إنَّ المُقَرَّ له يَحْلِفُ[1] أنَّ المُقِرَّ لم يكن كاذباً.

وكذا لو ادَّعى وارثُ المُقِرِّ فعند البعضِ لا يلتفتُ إلى قوله؛ لأنَّ حقَّ الورثةَ لم يكن ثابتاً في زمان الإقرار، والأصحُّ التحليف، لأنَّ الورثةَ ادَّعوا أمراً لو أقرَّ به المُقَرّ له يلزمُه، فإذا أنكرَ يُسْتَحْلَف، وإن كان الدعوى على ورثةِ المُقَرِّ له فاليمينُ عليهم بالعلمِ أنا لا نعلمُ أنّه كان كاذباً

وبقول أبي يوسفَ ﷺ يفتى؛ لتغيّر أحوالِ الناس، وكثرة الخداعِ والخيانات، وهو يتضرَّر بذلك، والمدَّعي لا يضرّه اليمين إن كان صادقاً فيصار إليه.

[1]قوله: **إنّ المقرّ له يحلف**... الخ؛ قال الشاميّ في «حاشيته على الدر المختار»[1]: وظاهره أنّ المقرَّ إذا ادّعى الإقرارَ كاذباً يحلفُ المقرُّ له أو وارثُه على المفتى من قول أبي يوسفَ ﷺ مطلقاً، سواء كان مضطراً إلى الكذب في الإقرار أو لا.

قال شيخنا: وليس كذلك؛ لما سيأتي من مسائل شتى قبيل «كتاب الصلح»، عند قول المصنّف ﷺ: أقرّ بمالٍ في صكٍّ وأشهد عليه به ثم ادَّعى أنّ بعض هذا المال المقرَّ به قرض، وبعضه ربا... الخ.

حيث نقل الشارحُ ﷺ عن «شرحِ الوهبانية» للشُّرُنْبُلاليّ ما يدلُّ على أنّه يفتى بقول أبي يوسفَ ﷺ من أنّه يحلفُ له: إنَّ المقرَّ ما أقرَّ كاذباً في صورةٍ يوجد فيها اضطرارُ المقرِّ إلى الكذب في الإقرار، كالصورة التي تقدَّمت ونحوها. كذا في «حاشية مسكين»[2] للشيخ محمد أبي السعود المصري.

وفيه: إنّه لا يتعيّن الحملُ على هذا؛ لأنَّ العبارةَ هناك في هذا ونحوه، فقوله: ونحوه، تحتمل أن يكون كلُّ ما كان من قبيل الرجوعِ بعد الإقرارِ مطلقاً، ويدلّ عليه ما بعده من قوله: وبه جزم المصنّف ﷺ، فراجعه. انتهى.

---

(١) «رد المحتار»(٥: ٦٠٤).

(٢) «فتح المعين»(٣: ١٦٥).

باب الاستثناء[1]

[1]قوله: باب الاستثناء؛ لَمَّا فرغ المصنِّف ﷺ عن موجب الإقرار بلا مغيِّر، شرعَ في بيان موجبِه مع المغير، وهو الاستثناءُ وما في معناه، في كونه مغيراً للسّابق، كالشرط ونحوه، والاستثناء لغة: استفعال، من ثنيتُ الشيء أثنيته ثنياً من باب رَمَى إذا عطفته ورددته فهو صرفُ العامل عن تناول المستثنى.

ويكون حقيقةً في المتَّصلِ وفي المنفصل أيضاً؛ لأنَّ: إلاَّ؛ هي التي عدَّت الفعلَ إلى الاسم حتى نصبه، فكانت بمنْزلةِ الهمزةِ في التعدية، والهمزةُ تعدّي الفعل إلى الجنس وغير الجنسِ حقيقة وفاقاً، فكذلك ما هو بمنْزلتِها. كذا في «المصباح»(1)، وغيره.

وفي اصطلاح الفقهاء: هو تكلّم بالباقي بعد الثنيا عندنا، وعند الشافعيّ ﷺ: إخراجٌ بعد الدخول بطريق المعارضة، وهذا مشكل، فإنّ الاستثناءَ جائزٌ في الطلاقِ والعتاق، ولو كان إخراجاً لما صحّ؛ لأنّهما لا يحتملان الرجوع، والرفع بعد الوقوع.

وثمرةُ الخلاف: فيما إذا قال: له عليَّ ألفُ درهمٍ إلاَّ مئة وخمسين، فعندنا يلزمُهُ تسعمئة؛ لأنّه لّما كان تكلُّماً بالباقي، وكان مانعاً من الدخول، شككنا في المتكلّم به، والأصلُ فراغُ الذّمم، فلا يلزمُ الزائدَ بالشكّ.

فصار نظيرَ ما لو قال: عليّ تسعمئة أو تسعمئة وخمسين فإنّه يلزمُ الأقلّ. وعنده: لّما دخلَ الألفُ كلّه صارَ الشكُّ في المخرج، فخرجَ الأقلّ وهو خمسون، والباقي على حالِه. ذكرَه العَيْنِيُّ في «شرح الكنز»(2).

وشرطَ في اعتبارِ الاتّصال بالمستثنى منه من غير أن يفصلَ بينه وبين المستثنى، فأصلُ إلا إذا انفصلَ عنه لضرورةِ النفسِ أو سعال أو أخذ فم، فإنّه لا يقطعُ الاتِّصالَ والنداء بين المستثنى منه والمستثنى يضرُّ في اعتباره متَّصلاً شرعاً، كقوله: لك عليّ ألفُ درهمٍ يا فلان إلاّ عشرة.

بخلاف: لك ألف فاشهدوا إلا كذا، ونحوه مّما يعد فاصلاً؛ فإنَّ الاستثناءَ لا يصحُّ معه. كما صرَّحوا به.

---

(1) «المصباح المنير»(ص٨٥).

(2) «رمز الحقائق»(٢ : ١٥٨).

ومَن استثنى بعضَ ما أقرَّ به متصلاً لزمَهُ باقيه، وإن استثنى كلَّه فكلُّه

(ومَن استثنى بعضَ ما أقرَّ به[1] متصلاً لزمَهُ باقيه، وإن استثنى كلَّه فكلُّه): أي لزمَهُ كلُّه؛ لأنَّ استثناءَ الكلِّ لا يصحّ[2].

[١]قوله: ومَن استثنى بعض ما أقرّ به...الخ، يعني مَن استثنى بعض ما أقرَّ به متَّصلاً بإقراره صحَّ ذلك الاستثناء، ولزمَه باقيه، قيَّد بالاتَّصال؛ لأنَّه إذا استثنى غير متَّصلٍ لم يصحَّ الاستثناء.

وإنَّما اشترطَ الاتِّصال؛ لأنَّ الكلام لا يتمُّ إلاَّ بآخره، فإذا انقطعَ الكلامُ فقد تمَّ فلا يغيِّر الاستثناءُ بعده، وإطلاقُ لفظ البعضِ في «الكتاب» من غير تقدير بشيءٍ دليلٌ على أنّ الأكثر جائز، وهو المذهب، وقال الفرَّاء: لا يجوز؛ لأنَّ العرب لم تتكلَّم بذلك.

قلنا: تكلَّمت به العرب، وهو موجودٌ في القرآن، قال الله تعالى: ﴿وَلَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ ۝٣٩ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾(١)، ثم قال: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾(٢)، فاستثنى المخلصين تارة، والغاوين أخرى، فأيُّهما كان أكثر لزمه، وقال الشاعر:

أدُّوا التي نقصت تسعين من مائة ثـمَّ ابعثوا حكَماً بالعدلِ حُكَّاما

استثنى تسعين من مائة، وإن لم يكن بأداته؛ لأنّه في معناه، وقال صاحب «النهاية»: ولا فرقَ بين استثناءِ الأقلّ والأكثر، وإن لم تتكلَّم به العرب، ولا يمنعُ صحَّته إذا كان موافقا لطريقتهم، كاستثناءِ الكسور لم تتكلَّم به العرب وهو الصحيح. كذا في «التبيين»(٣).

وأمّا لزومُ الباقي فلما تقدَّم من أن الاستثناء تكلُّمٌ بالباقي بعد الثنيا، وصار اسماً له، فيلزمه كأنّه تكلَّم بالباقي ابتداء.

[٢]قوله: لا يصحّ؛ لأنَّ الاستثناءَ تكلُّم بالباقي، ولم يبقَ شيءٌ ليصيرَ متكلّماً

(١) ص: ٨٢ - ٨٣.

(٢) الحجر: ٤٢.

(٣) «تبيين الحقائق»(٥: ١٣ - ١٤).

فإن استثنى كيليّاً أو وزنيّاً من دراهم صحَّ قيمته، وإن استثنى غيرَهما منها لم يصحّ

(فإن استثنى كيليّاً أو وزنيّاً من دراهم صحّ قيمته، وإن استثنى غيرَهما منها لم يصحّ)، إن قال له[1]: عليّ مئةُ درهم إلاّ ديناراً، وإلاّ قفيزَ حنطةٍ صحَّ الاستثناء، وإن قال: إلاّ ثوباً لم يصحّ، هذا عند أبي حنيفة ﷺ وأبي يوسفَ ﷺ؛ لوجودِ المجانسةِ من وجهٍ إذا كان مكيلاً أو موزوناً، وعند محمّد ﷺ: لا يصحُّ في الكلّ لعدمِ المجانسة، وعند الشّافِعِيّ(١) ﷺ: يصحُّ في الكلّ للمجانسةِ من حيث المالية

به، فيكون رجوعاً، فلا يصحّ، وهذا إذا استثنى بعينِ اللّفظِ الذي تكلّمَ به في صدرِ الكلام، بأن قال: عليّ عشرةٌ إلا عشرة، أو قال: هؤلاء أحرارٌ إلا هؤلاء.

أمّا إذا كان بخلافِ لفظ المستثنى منه، بأن يقول: عبيدي أحرارٌ إلا هؤلاء، أو نسائي طوالقٌ إلا هؤلاء، أو عبيدي أحرارٌ إلا مباركاً وسالماً وبريقاً، أو نسائي طوالقٌ إلا زينب وخالدة وهند، وليس له عبيدٌ ولا نساء غير المستثنى منه، صحَّ الاستثناءُ فلا يعتقُ واحدٌ منهم، ولا يطلّقُ واحدةٌ منهنّ؛ لأنّه إذا اختلفَ اللّفظُ يتوهَّمُ بقاءُ شيءٍ من المستثنى منه، إذ اللّفظ صالحٌ له، وذلك يكفي لصحّةِ الاستثناء. كما صرَّحوا به.

والفقه فيه: إنّ الاستثناءَ تصرّف لفظيّ، فيبتني عليه صحّةُ اللّفظِ لا على صحّة الحكم(٢).

[1]قوله: إن قال له...الخ؛ يعني لو قال: له عليَّ مئةُ درهم إلاّ ديناراً، أو قال: له عليَّ مئةُ درهمٍ إلاّ قفيز حنطة، صحّ الاستثناءُ فيلزمُهُ ألفُ درهم إلاّ قيمة القفيزِ من الحنطةِ أو الدينار، وهذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ ﷺ، وهو الاستحسان.

وقال محمّد وزفرُ وأحمد ﷺ: لا يصحُّ هذا الاستثناء، وهو القياس؛ لأنَّ الاستثناءَ إخراجُ بعض ما يتناوله صدرُ الكلام، على معنى أنّه لولا الاستثناء لكان داخلاً تحت الصدر، وهذا لا يتصوَّرُ في خلاف الجنس.

ووجه الاستحسان: إنّ المقدَّراتَ جنسٌ واحد معنىً، وإن كانت أجناساً صورةً؛ لأنها تثبتُ في الذمّةِ ثمناً، أمّا الدينار فظاهر، وكذا غيره؛ لأنَّ الكيليَّ أو الوزنيَّ مبيعٌ

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب»(٢: ٣١٦)، و«حاشية الجمل»(٤: ٤٤٧)، و«نهاية المحتاج» (٥: ١٠٦)، وغيرها.

(٢) ينظر: «التبيين»(٥: ١٤).

ومَن أقرَّ ووَصَلَ إن شاء الله

(ومَن أقرَّ[١] ووَصَلَ إن شاء الله

بأعيانهما ثمنٌ بأوصافهما، حتى لو عُيِّنا تعلَّقَ العقدُ بأعيانهما.

ولو وَصَفا ولم يُعيِّنا صارَ حكمُها كحكمِ الثمنين؛ ولهذا يستوي الجيِّد والرديءُ فيهما، فكانت في حكمِ الثبوت في الذمَّةِ كجنس واحد معنىً، فالاستثناء تكلُّمٌ بالباقي معنىً لا صورة، بخلاف غيرهما من الثوب وغيره، فإنَّه مثلاً ليس جنس المقدَّرات معنىً؛ لأنّه لا يصلح ثمناً، فلم يكن استثناؤه استخراجاً لا صورةً ولا معنىً، فكان باطلا معنى.

وقال الشافعيّ ﷺ: صحَّ هذا الاستثناء، وبه قال مالك ﷺ؛ لأنَّ حكمَ الاستثناءِ امتناعُ ثبوت الحكم في المستثنى؛ لقيامِ الدَّليل المعارض، فإذا قال: له عليَّ عشرةٌ إلا خمسة، فكأنّه قال: إلا خمسة فإنّها ليست عليّ، فإذا كان بطريق المعارضة من جنسِهِ يجبُ إخراجُ قدره، وإن كان من خلاف جنسه يجبُ إخراج قيمته عملاً بالدليلِ المعارض [بقدر] الإمكان.

والجوابُ: إنَّ المعارضةَ لا تثبتُ عند اختلافِ المحلّ؛ لأنَّ انتفاءَ أحدهما لا ينافي ثبوتَ الآخر، فلا يتعارضان، وأيضاً: إنَّ العبدَ لا يقدرُ على أن ينفيَ ما عليه من الواجبِ بطريق المعارضة، فإنّه إذا أقرَّ به لزمَه، ولا يتصوَّرُ أن ينتفيَ بعد ذلك بإنكاره، ولو كان بطريق المعارضة كما ذكره؛ لاستوى فيه البعضُ والكلّ كما كالنسخ والاتّصال والانفصال؛ لأنّه لا يشترط في المعارضِ أن يكون مقارناً، وإنّما ذلك في المغيِّر.

وأيضاً: الإقرارُ خبرٌ، فلو كانَ بطريقِ المعارضةِ لكان أحدُهما كذباً، وذلك لا يجوز؛ لكونه موجوداً في القرآن المجيد، حيث قال عزَّ من قال: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾(١)، والمرادُ به أنّه لبثَ فيهم تسعمئةٍ وخمسينَ عاماً.

وإن استثنى غير الكيليّ والوزنيِّ من الدراهم لم يصحَّ الاستثناء باتِّفاق أصحابنا، فإذا قال: له عليَّ مئةُ درهمٍ إلا ثوباً أو داراً أو شاة بطلَ الاستثناء اتّفاقاً، ويلزمه مئة درهم؛ لأنَّ ذلك القدرَ لا يفيدُ الاتّحاد الجنسيّ، وعند الشافعيّ ﷺ يطرحُ قيمتُهُ من المستثنى منه(٢).

[١]قوله: ومَن أقرّ... الخ؛ يعني مَن أقرّ بحقّ وقال: إن شاء الله تعالى متَّصلاً

(١) العنكبوت: ١٤.

(٢) ينظر: «التبيين»(٥: ١٥)، ودرر الحكام»(٢: ٣٦٤)

بَطَلَ إقرارُه ، ولو استثنى بناءَ دارٍ أقرَّ بها ، كانا للمُقَرِ له

بَطَلَ إقرارُه[1] .

ولو استثنى[2] بناءَ دارٍ أقرَّ بها ، كانا للمُقَرِ له) ؛ لأنَّ الأستثناءَ لا يصحّ ؛ لأن البناءَ إنّما يدخلُ بالتَّبعيَّة ، وما هو كذلك لا يصحُّ استثناؤه

بإقراره ، بأن قال : لفلانٍ عليَّ مئة درهمٍ إن شاء الله تعالى بطلَ إقرارُه ، ولا يلزمُهُ ما أقرَّ به ، فإنَّ الاستثناءَ بمشيئةِ الله تعالى إبطالٌ للحكمِ قبل انعقاده ، وبه قال أبو يوسفَ ﷺ ، أو تعليق بشرطٍ لا يوقف عليه ، وبه قال محمَّد ﷺ. كما صرَّح به قاضي خان في «شرح الجامع الصغير».

وروي الخلافُ على العكس ، وعلى كلا القولين أبطل الإقرار ، أمّا على كونه إبطالاً فظاهر ، وأمّا على كونه تعليقاً بالشرط ؛ فلأنَّ الإقرارَ لا يحتملُ التعليقَ بالشرط ؛ لأنَّ الإقرارَ إخبار ، والإخبارُ لا يحتمله ، فإنّه إن كان صدقاً لا يصيرُ كذباً ؛ لفواتِ الشرط ، وإن كان كذباً لا يصير صدقاً ؛ لوجودِ الشرط ، وإنّما يليقُ بالإيجابِ ليتبيَّنَ بالتعليق أنّه ليس بإيقاعٍ ما لم يوجد الشرط.

[1]قوله : بطل إقراره ؛ وكذا كلُّ إقرارٍ عُلِّقَ بالشرط ، مثل أن يقول : إن دخلت الدار أو مطرت السماء ، أو هبَّت الريح ، أو إن قضى الله تعالى ، أو أراده ، أو رضيه ، أو أحبّه ، أو قدَّره ، أو يسَّرَه ، فهذا كلّه وما شاكله مبطلاً للإقرار إذا كان موصولاً. صرَّح به الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(1).

بخلافِ ما إذا قال لفلان عليَّ مئةُ درهم إذا متّ أو إذا جاءَ رأس الشهر أو إذا أفطرَ الناس ؛ لأنّه في معنى بيان المدّة من حيث العرف ؛ لأنّ هذه الأشياءَ تذكر في العادة لبيان محلِّ الأجل ، فاعتبر إقراراً بدينٍ مؤجَّل فيكون تأجيلاً ، لا تعليقاً بالشرط ، حتى لو كذَّبه المقرُّ له في الأجلِ يكون المالُ حالاً. كما هو المصرَّح في «الهداية»(2) ، وغيرها.

[2]قوله : ولو استثنى...الخ ؛ يعني لو أقرّ بدارٍ واستثنى بناءها لنفسه ، بأنَّ قال : هذه الدار لزيد ، وبناؤها لنفسي ، كان الدار والبناء جميعاً للمُقَرِّ له ؛ لأنَّ البناءَ دخل في

---

(1) «تبيين الحقائق»(٥ : ١٦).

(2) «الهداية»(٣ : ١٨٤).

وإن قال: بناؤُها لي، وعرصتُها لك، فكما قال

وإن قال: بناؤُها لي، وعرصتُها لك[١]، فكما قال[٢]

لفظِ الإقرارِ بالدارِ تبعاً لا مقصوداً، فإنَّ اسمَ الدَّارِ لا يتناول البناء مقصوداً؛ لأنَّ الدارَ اسمٌ للعرَصَة، والبناء وصفٌ فيه، والوصفُ يدخل تبعاً لا قصداً، والاستثناءُ تصرّف لفظيّ فما يتناوله اسمُ الدَّار لا يتحقّق فيه عمل الاستثناء، فلا يصحُّ.

بخلافِ ما إذا قال: إلاّ ثلثها، أو إلاّ بيتاً منها، حيث يصحُّ الاستثناء، ويكون للمقرِّ له ما عدا ثلث الدار، وما عدا البيت؛ لأنّ أجزاء الدار داخلةٌ تحتَ لفظِ الدَّارِ فصحَّ استثناؤها، حتى لو استحقَّ هذا الجزءَ في بيعِ الدَّارِ يسقطُ حصَّته من الثمن.

[١]قوله: **وعرصتها لك**؛ عرصةُ الدار: ساحتُها، وهي البقعةُ الواسعة التي ليس فيها بناء، والجمع عِراصٌ، مثل: كلبةٍ وكِلاب، وعَرصاتٌ، مثل سجدةٍ وسَجدات.

وقال أبو المنصور الثَّعَالِبيُّ ﷺ: كلُّ بقعةٍ ليس فيها بناءٌ فهي عرصة، وفي كلام ابن فارسٍ ﷺ نحو ذلك، وفي «التهذيب»: سُمِّيت ساحةُ الدَّارِ عرصةً؛ لأنَّ الصبيانَ يعترصونَ فيها؛ أي يلعبون ويمرحون. كذا في «المصباح المنير»[١].

[٢]قوله: **فكما قال**؛ يعني يكون البناءُ للمقِرّ، والعرصةُ للمقَرِّ له؛ لأنَّ العرصةَ عبارةٌ عن البقعةِ دون البناء، فصار كأنّه قال: بياضُ هذا الدار دون البناء لفلان، بخلاف ما إذا قال: مكان العرصةِ الأرضَ، بأن قال: بناءُ هذه الدار لي وأرضها لفلان، حيث يكون له البناءُ أيضاً؛ لأنَّ الأرضَ كالدَّارِ فيتبعها البناء.

بخلافِ ما إذا قال: بناءُ هذه الدَّار لزيد والأرض لعمرو، حيث يكون لكلِّ واحدٍ منهما ما أقرّ به له؛ لأنّه لَمَّا أقرَّ بالبناءِ لزيدٍ صارَ ملكاً له فلا يخرجُ من ملكِهِ بإقراره لعمرو بالأرض، إذ لا يصدّق قوله في حقِّ غيره، بخلافِ المسألةِ الأولى؛ لأنَّ البناءَ مملوكٌ له، فإذا أقرَّ بالأرضِ لغيره يتبعها؛ لأنّ إقرارَه مقبولٌ في حقِّ نفسه.

ولو قال: أرضُ هذه الدّار لفلان وبناؤها لي أو لفلان، كان الكلُّ للأوَّل؛ لأنّه لّما أقرَّ بالأرضِ له ملك البناء تبعاً، فلا يقبل قوله بعد ذلك أنّه لغيره، ولو قال: بناءُ هذه الدَّارِ لفلان وأرضُها لفلان، فلكلِّ واحدٍ منهما ما أقرَّ له به؛ لقيامِ ملكِهِ عند الإقرارِ

(١) «المصباح المنير»(ص٤٠٢).

وفصُّ الخاتم ، ونخلةُ البستانِ كبنائِها ، فإن قال : له عليَّ ألفٌ من ثَمَنِ عبدٍ

وفصُّ الخاتم ، ونخلةُ البستانِ كبنائِها[١]) ، إن قال : هذا الخاتم لفلان إلاّ فصّه ، أو هذا البستان له إلاّ نخلةً لا يصحُّ الاستثناء ، ولو قال : إن الحَلْقَةَ له ، والفصَّ لي ، أو الأرضَ له ، والنَّخلَ لي يصحّ.

(فإن قال[٢] : له عليَّ ألفٌ من ثَمَنِ عبدٍ

لهما ، فينفذ ، وتخريجُ جنسِ هذه المسائلِ مبنيٌّ على أنّ دعواه لنفسِهِ لا يمنعُ صحَّة الإقرارِ به لغيره ، وإنَّ إقرارَه لا يقبلُ في حقِّ غيره. ذكره الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»[١].

[١]قوله : كبنائها ؛ فكما لا يصحُّ استثناءُ البناءِ لا يصحُّ استثناءُ الفصِّ والنخلةِ ، وكذا طوقُ الجارية. كما صرَّحَ به في بعض الكتب ، فإنَّ دخول الفصِّ في الخاتم بالتبعيّة ، وكذا دخولُ النخلةِ في البستان ، فلا يصحّ الاستثناء.

[٢]قوله : فإن قال له...الخ ؛ يعني فإن قال المقِرُّ : لفلانٍ عليَّ ألفُ درهمٍ من ثمنِ عبدٍ اشتريته منه ، ولم أقبضه ، فإن عيَّنه بأن ذكرَ عبداً بعينِهِ وصدَّقه المقَرُّ له في شرائهِ وعدمِ قبضه ، قيل للمُقَرِّ له : سَلِّم العبدَ إلى المقِرِّ ، وخذْ ثمَنَه منه ، فإن سَلَّم المقرُّ له ذلك العبدُ المعيَّن بأن يحضرَه بين يديه ، لزم الألفُ على المقِرِّ بهذا القيد ؛ لأنّه أقرَّ له بألفٍ على صفة ، فيلزمُهُ على الصفةِ التي أقرَّ بها ، وإن لم يسلِّم العبدَ إلى المقرِّ لا يلزمُهُ الألفُ إجماعاً ، وهذه المسألة على وجوه :

أحدها : ما ذكرَه المصنّف ﷺ ، وهو ما إذا صدَّقَه وسَلَّمَه إليه ، وحكمُه ما تقدَّمَ من لزومِ الألفِ على المقرِّ بالقيد المذكور ؛ لأنَّ ما ثبت بتصادُقِهما يكون كالثابتِ عياناً.

والثاني : أن يقول المقَرّ له : إن هذا العبدَ عبدُك ما بعتكه ، وإنّما بعتُك عبداً آخر ، وسلَّمتُه إليك ، والحكم فيه كالأوَّل ؛ لأنّهما اتَّفقا على ما أقرَّ به من أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يستحقُّ ما أقرَّ به ، غير أنّهما اختلفا في سببِ الاستحقاق ، ولا يبالي باختلافها ، ولا باختلافِ السببِ عند حصولِ المقصودِ واتِّحادِ الحكم ، فصار كما إذا أقرَّ له بغصبِ ألفِ درهم ، فقال المقَرّ له : هي قرض ، فإنّه يؤمرُ بالدَّفعِ إليه لاتّفاقهما على الاستحقاق.

والثالث : أن يقول المقَرُّ له : إن هذا العبد عبدي ما بعتكه ، وحكمه أن لا يلزمَ على المقرِّ شيء ؛ لأنّه لم يقرَّ بالمالِ إلاّ عوضاً عن العبد ، فلا يلزمُهُ دونه.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٥ : ١٧).

ما قبضتُه، وعيَّنَه، فإن سَلَّمَهُ المُقَرُّ له لَزِمَهُ الألفُ وإلاَّ لا، (وإن لم يعيِّن لَزِمَه، وما قَبْضْتُهُ لغو

ما قبضتُه[1]، **وعيَّنَه، فإن سَلَّمَهُ المُقَرُّ له لَزِمَهُ الألفُ وإلاَّ لا)**، قولُه: ما قبضتُه: صفةُ العبد، وقولُهُ: وعيَّنَه: أي عيَّن العبد، وهو في يدِ المُقَرِّ له، فإنْ سلَّمَ المُقَرُّ له ذلك إلى المُقِرِّ لَزِمَهُ الألفُ وإلاَّ لا.

(وإن لم يعيِّن[2] **لَزِمَه، وما قَبْضْتُهُ لغو)**: أي قولُه: وما قبضتُهُ لغوٌ عند أبي حنيفةَ ﷺ سواء وصل أو فصل؛ لأنَّ إنكارَ القبضِ[3] في غيرِ المعيَّنِ

والرابعُ: أن يقولَ المقرُّ له: لم أبعكَ هذا العبد وإنّما بعتكَ عبداً آخر، فحكمه أن يتحالفا؛ لأنّهما اختلفا في المبيع، وهو يوجب التحالف(١).

[١]قوله: **ما قبضته**؛ قال في «المنح»(٢): ما قبضته: أي ذلك العبد موصولاً حالَ كون ما قبضته موصولاً بإقراره، وبهذا القيدُ صرَّح في «الحاوي القدسي» حيث قال: وإن أقرَّ بألفٍ ثمَّ قال بعد: ذلك من ثمنِ عبدٍ لم يقبضه لم يصدّق إلاَّ أن يقولَه موصولاً بكلماته، مشيراً إلى عبدٍ بعينه. انتهى. وقد أخلَّ بهذا القيدِ صاحبُ «الكنز» و«الوقاية» فتنبّه له عند الفتوى. انتهى ما في «المنح».

أقول: لا حاجةَ إلى ذكرِ هذا القيد؛ لأنّه معلومٌ ممّا تقدَّمَ في أوَّل البابِ من قوله: ومَن استثنى بعض ما أقرَّ به متَّصلاً لزمَه باقيه، ثمَّ ذكرَ الاستثناء، وما في معناه في فروعٍ متعدّدة، ولم يذكر الاتّصال، استغناءً عنه به؛ ولأنّه الأصلُ المتبادرُ إلى الأفهام، وكيف يتوهّم دخولُ المفصولِ بعد تصوّرِ عدمِ اعتبارِهِ في المذهب، فمع قطعِ النَّظرِ عن التصريحِ به في أوَّل البابِ لا خللَ، وخيرِ الكلام ما قلَّ ودلّ، فتفكّر فيه.

[٢]قوله: **وإن لم يعيِّن**...الخ؛ أي وإن لم يعيِّن المقِرُّ العبدَ لزمَ المقِرُّ الألف، وقوله: ما قبضته؛ لغوٌ، فلا يقبلُ هذا القول.

[٣]قوله: **لأنَّ إنكارَ القبض**...الخ؛ تقريرُه: إنَّ قولَه ما قبضتُهُ رجوعٌ عن الإقرار، فإنّه أقرَّ بوجوبِ المالِ رجوعاً إلى كلمةِ عليَّ، وإنكارُ القبضِ في غيرِ المعيَّنِ ينافي الوجوبَ أصلاً؛ لأنَّ جهالةَ المَبيعِ في حكمِ هلاكِه؛ لعدمِ القدرةِ على تسليمِ المجهول، فيمتنعُ

---

(١) ينظر: «منح الغفار»(ق٢: ٢٨٥/ب).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٢٨٥/ب).

كقولِهِ: من ثَمَنِ

ينافي الوجوب[١]؛ لأنَّ جهالةَ المبيعِ كهلاكه، فلا يجبُ الثَّمن، فيكون هذا رجوعاً، وعندهما[٢]: إن وَصَلَ صُدِّق؛ لأنَّه بيانُ تغييرٍ عندهما، (كقولِهِ: من ثَمَنِ[٣]

وجوبُ نقدِ الثمن، وإذا كانَ كذلك كان رجوعاً فلا يصحُّ وإن كان موصولاً(١).

[١]قوله: ينافي الوجوب؛ لأنَّ ثمنَ عبدٍ غير معين لا يكون واجباً على المشتري إلاَّ بعد القبض؛ لأنَّ ما لا يكون بعينه فهو في حكمِ المستهلك؛ لأنَّه لا طريقَ للوصولِ إليه، فإنّه ما من عبدٍ يحضرُهُ إلا وللمشتري أن يقول المبيعُ غير هذا، وتسليم الثمن لا يجبُ إلا بإحضارِ المبيع، فعُلِمَ أنّه في حكم المستهلك، فكأنّه أقرَّ بالقبضِ ثم رجع.

[٢]قوله: وعندهما...الخ؛ حاصلُ مذهبهما: إنّه إن صدَّقَه المقَرُّ له في أنّ ذلك من ثمنِ عبدٍ يصدّق وصلَ أو فصل، وإن كذَّبَه في ذلك لم يصدّق إلاَّ إذا كان موصولاً، ووجه ذلك: إنّه أقرَّ بوجوبِ المال، وبيَّنَ له سبباً، فإذا صدَّقَه المقرُّ له في ذلك السبب ثبت السبب بتصادقِهما.

ثمَّ المالُ بهذا السبب يكون واجباً قبل القبض، ولكن إنَّما يتأكّدُ بالقبض، والمقرُّ ينكر، فجعلنا القول قوله في إنكاره القبض، وإن كذَّبه في السببِ كان هذا من المقرِّ بياناً مغيراً لمقتضى أوّل الكلام؛ لأنَّ مقتضى أوّل كلامه أن يكون مطالباً بالمال للحال، ولكن احتمل أن لا يكونَ مطالباً به حتى يحضرَ العبد، وبيانُ التغيّر يصحُّ موصولاً، ولا يصحُّ مفصولا. كذا في «الكفاية»(٢)، ففي عبارةِ الشارحِ اختصارٌ مخلّ.

[٣]قوله: كقوله: من ثمن خمر؛ وكذا من ثمن خنْزير أو مال قمار، أو حرّ، أو ميّتة، أو دم، فإنّه يلزمه الألف، ولم يقبلْ تفسيرُهُ عند الإمام، سواء كان موصولاً أو مفصولاً؛ لأنَّ هذا التفسيرَ رجوعٌ عن الإقرار؛ فإنَّ ثمن الخمر أو الخنزيرِ لا يكون واجباً، وأوّل كلامِهِ وهو: له عليَّ ألفُ درهمٍ للوجوب.

وقال أبو يوسفَ ومحمد ﷺ: إذا وصلَ لا يلزمُهُ شيء؛ لأنَّ المقِرَّ بيَّنَ بآخر كلامه أنّه لم يُرِد به الإيجاب، وصار كما إذا قال في آخر كلامه: إن شاء الله.

---

(١) ينظر: «العناية»(٨: ٢٦٣).

(٢) «الكفاية»(٧: ٣٤١).

خمر، وفي: من ثَمَنِ متاع، أو قرض، وهي زيوف، أو نَبَهْرَجَة، أو ستُّوقة، أو رصاص لَزِمَهُ الجيد

خمر[1]: أي يكونُ لغواً عند أبي حنيفةَ ﷺ وَصَلَ أم فَصَل، وعندهما: إن وَصَلَ صحَّ، وإن فَصَلَ لا.

(وفي: من ثَمَنِ متاع[2]**، أو قرض، وهي زيوف، أو نَبَهْرَجَة، أو ستُّوقة، أو رصاص لَزِمَهُ الجيد)**

والجواب: إنَّ قوله: إن شاء الله تعليقٌ بشرطٍ لا يوقفَ عليه، والتعليق بالشرطِ من بابِ التغيير، فيصحُّ موصولاً؛ لأنَّ الإرسالَ والتعليقَ كلُّ واحدٍ منهما متعارفٌ بين أهلِ اللِّسان، فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرجوع.

ووجوبُ المالِ عليه من حكمِ إرسال الكلام، فمع صيغةِ التعليق لا يلزمُهُ حكمُ الإرسال، وهذا إبطال، والإبطال رجوع، والرجوعُ بعد الإقرار بوجوبِ المال لا يصحّ وصلَ أم فصل.

والحاصل: إنّ قياسَ هذه المسألةِ على مسألةِ المشيئة قياسٌ مع الفارق، وهذا الجوابُ إلزاميٌّ بالنسبةِ إلى مَن قال: من صاحبيه بكون الاستثناءُ بمشيئةِ الله ﷻ تعليقاً، وتحقيقيٌّ بالنسبة إلى مَن قال: منهما بكون ذلك إبطالاً فلا يردُ أنّ الاستثناءَ بمشيئةِ اللهِ تعالى إبطالٌ عند أبي يوسف ﷺ، وتعليق عند محمَّد ﷺ، أو على العكس، فلا يكون هذا الجواب حجَّة على مَن قال فيهما بكون ذلك إبطالاً.

[1]قوله: **من ثمن خمر**؛ ولو قال: له عليَّ ألفُ درهمٍ حرام أو ربا، فهيّ لازمةٌ له مطلقاً سواء فصل أو وصل؛ لاحتمال أن يكون هذا حلالاً عند غيره، ولو قال زوراً أو باطلاً لزمه إن كذَّبه المقَرُّ له في زعمه ذلك، وان لم يكذّبه المقَرُّ له بل صدَّقه في زعمه ذلك لا يلزمُهُ شيء من ذلك. كذا في «المنح»(1).

[2]قوله: **وفي من ثمن متاع**...الخ؛ يعني إذا قال: له عليَّ ألفُ درهمٍ من ثمنِ متاع، أو قال: أقرضتني ألفَ درهمٍ، ثم قال: هي زيوفٌ أو نَبَهْرَجةٌ أو ستُّوقة أو رصاص، وقال المُقَرُّ له: بل هي جياد، لزمه الجياد، سواء كان قوله: هي زيوف... الخ موصولاً أو مفصولاً، وهذا عند أبي حنيفةَ ﷺ.

(1) «منح الغفار»(ق٢: ١٨٦/أ).

....

هذا عند أبي حنيفة[١] ﷺ وَصَلَ أم فَصَل، وعندهما: إن وَصَلَ صُدِّق؛ لأنه رجوعٌ عنده[٢]، وبيانُ تغييرٍ عندهما[٣].

وقالا: إن قال المقرُ: هي زيوف... الخ موصولاً لا يصدَّقُ، وإن قال مفصولاً لا يصدَّق.

[١]قوله: عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ وعن أبي حنيفةَ ﷺ في غيرِ روايةِ الأصول: في القرض إنّه يصدَّق في الزيوفِ إذا وصل، فإذا قال: له عليَّ ألفُ درهمٍ قرضٌ هي زيوفٌ، يصدَّق عنده إذا وصل قوله: هي زيوف بقوله: ألفُ درهم قرضٌ، أمّا إذا قطعَ كلامه ثمَّ قال بعد زمان: هي زيوف، لا يصدَّقُ باتِّفاق الروايات.

ووجه هذه الرِّواية: إنَّ القرضَ يوجب ردَّ مثلَ المقبوض، وقد يكونُ القرضُ زيف، والقرضُ يقضى بأصل كما في الغصب، فإنه قد يكون المغصوبُ زيفاً يقضى بمثله.

ووجه ظاهرِ الرواية: إنَّ التعاملَ يكون بالجياد، فانصرفَ مطلقُ القرضِ إلى الجياد، فيجب الجياد، ثمَّ دعوى الزيافة لا تقبل؛ لأنّه رجوعٌ عمّا أقرَّ به، فلا يصحُّ هذا بالرجوع.

[٢]قوله: لأنّه رجوع عنده؛ هذا دليلٌ على مذهبِ الإمام، تقريره: إنَّ قولَ المُقرِّ: هي زيوفٌ، رجوعٌ عن الإقرار، فإنَّ مطلقَ العقدِ يقتضي وصفَ السلامةِ عن العيب، والزيافةُ عيبٌ، ودعوى العيبِ رجوعٌ عن مقتضى ما أقرَّ به، فلا يصحّ، فصار كما إذا قال: بعتكه معيباً، وقال المشتري: لا بل سليماً، فيكون القولُ للمشتري لما تقدَّمَ أنَّ مقتضى مطلق العقدِ وصفُ السلامةِ عن العيب، والسَّتُّوقةُ والرَّصاصُ ليسا من الأثمان، والبيعُ يَرِدُ على الثمن فيكون رجوعاً(١).

[٣]قوله: وبيان تغيير عندهما؛ هذا استدلالٌ على مذهبِ الصاحبين، تحريره: إنّ قوله: هي زيوف، بيانُ تغيير، فصحَّ بشرطِ الوصل كما في الشرط والاستثناء، أمّا كونه بيان تغيير؛ فلأنّ اسمَ الدَّراهمِ يحتملُ الزيوف بحقيقته؛ لأنّها من جنسِ الدراهمِ حتى يحصلَ بها الاستيفاءُ في الصرفِ والسلم، ولا يصيرُ استبدالاً.

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ١٩).

وفي: من غَصَب، أو وديعة إن ادَّعى أحدَ هذه صُدِّقَ إلاَّ فَصْلاً في الأخيرين

(وفي: من غَصَب، أو وديعة إن ادَّعى أحدَ هذه صُدِّقَ إلاَّ فَصْلاً في الأخيرين): أي إن قال: له عليَّ ألفٌ من غصب، أو وديعة إلاَّ أنها زيوف، أو نَبَهْرَجَةٌ صُدِّقَ وَصَلَ أم فَصَلَ[1]

والسَّتُّوقةِ بمجازه؛ لأنَّ السَّتُّوقةَ تسمَّى دراهمُ مجازاً إلاَّ أنَّ مطلقَ اسمِ الدراهمِ ينصرفُ إلى الجياد، فإنّ بياعات الناس يكون بالجياد عادة، فكان قوله: هي زيوف بيانُ تغييرٍ من هذا الوجه، فلذلك شرطَ الوصل، وصار كما إذا قال: إلا أنّها وزنُ خمسة، ونقدُ بلدِهم وزنُ سبعة، فإن كان موصولاً صُدِّقَ وإلاَّ لا.

والجواب: إنَّ هذا ليس به بيانُ تغيير كما زعماه، بل هو رجوعٌ عن الإقرارِ كما تقدَّم، والقياسُ مع الفارقِ فإنّ قوله: إلاَّ أنّها وزن خمسةٍ ليس ممَّا نحنُ فيه؛ لأنّه يصحُّ أن يكون استثناء؛ لكونِهِ مقداراً، واستثناءُ بعضِ المقدارِ صحيح؛ لأنَّ أوّل الكلام يتناول المقدار، فكان استثناء الملفوظِ هو صحيح، بخلاف الجودة، فإنّها صفة، ولا يصحُّ استثناءُ الوصف؛ لكونها ممّا لا يتناوله اسم الدراهم حتى يستثنى، وإنّما تثبتُ صفةُ الجودةِ في مطلقِ العقدِ بالعرف والعادة.

فإن قلت: قد يستثنى الوصفُ كما إذا قال: له عليَّ كرُّ حنطةٍ من ثمن عبد إلاَّ إنّها رديئةٌ، فإنَّ الرَّداءة ضدُّ الجودة، فهما صفتان تتعاقبان على موضوعٍ واحد.

قلنا: لا نُسَلِّمُ أنَّ الرداءةَ عيبٌ، بل هي نوعٌ، فإنَّ العيبَ ما يخلو عنه أصلُ الفطرة، والحنطةُ قد تكون رديئةً في أصلِ الخلقة، فهو في معنى بيانِ النوعِ، وليس لمطلقِ العقد مقتضى في نوع دون نوع؛ ولهذا لا يصحُّ الشراءُ بالحنطةِ ما لم يبيِّن أنّها جيّدة أو وسط أو رديئة.

ألا ترى أنّه لو قال: بعتك هذه الحنطة وأشارَ إليها، والمشتري كان رآها فوجدها رديئةً، ولم يكن علمها، لم يكن له خيار الرؤيةِ بالعيب، ولو قال: بعتُك بهذه الدراهم، وأشارَ إليها وهي زيوف، ولم يعلم بها البائع، استحقَّ مثلها جياداً لا زيافة فيها، فعُلِمَ أنَّ الزيافةَ عيب، والرداءةُ نوع فافترقا(1).

[1]قوله: **صدّق وصل أم فصل**؛ فيلزمه ما أقرَّ به؛ لأنَّ الغصبَ لا يقتضي

(1) ينظر: «نتائج الأفكار»(8: 370).

وصُدِّق في: غَصَبْتُ ثوباً، وجاء بمعيب، وفي له عليَّ ألفُ درهم إلاّ أنّه ينقصُ كذا متّصلاً، وإن فَصَلَ لا، ولو قال: أخذتُ منك ألفاً وديعةً فهلكت

وإن قال: سَتُّوقة، أو رصاص، فإن وَصَلَ صُدِّق، وإن فَصَلَ لا[1]، والفرقُ بين البيعِ والقرض وبين الغصبِ والوديعةِ: أن الأولين يقعان على الجياد، فإن فَسَّرَ الدَّراهم بغيرِ الجياد يكونُ رجوعاً، والغصبُ والوديعةُ يقعان على كلٍّ ذلك، والسَّتُّوقةُ والرَّصاصُ ليسا من جنسِ الدَّراهم، وإنّما يسمَّيانِ دراهمَ مجازاً، فيكونُ بيانُ تغييرٍ إن وَصَلَ صُدِّق، وإن فَصَلَ لا.

(**وصُدِّق**[2] **في: غَصَبْتُ ثوباً، وجاء بمعيب، وفي له عليَّ**[3] **ألفُ [درهمٍ] إلاّ أنّه ينقصُ كذا متّصلاً، وإن فَصَلَ لا**): لأنَّ الاستثناءَ يصحُّ متصلاً لا منفصلاً.

(**ولو قال: أخذتُ منك**[4] **ألفاً وديعةً فهلكت**

السلامة، وكذا الوديعة؛ لأنَّ الإنسانَ يغصبُ ما يجدُه ويودعُ ما يملكُه، كما تقدَّم، فلا يكون رجوعاً، بل يكون بياناً للنوع، فَصُدِّقَ مطلقاً.

[1]قوله: **وإن فصل لا**؛ أي لا يُصَدَّقُ؛ لأنَّ السَّتُّوقةَ والرصاصِ ليسا من جنسِ الدَّراهم، إلاَّ أنَّ اسمَ الدَّراهم يتناولهما بطريقِ المجاز، فكان بياناً مغيِّراً، وهو لا يقبل إلاّ إذا كان موصولاً فلا بُدَّ من الوصل.

[2]قوله: **صُدِّق... الخ**؛ يعني لو قال: غصبتُ ثوباً، وجاءَ بثوبٍ معيبٍ صُدِّقَ المقرُّ مع الحلف إن لم يثبتْ الخصمُ سلامته لما مرَّ غير مرّة أنَّ الغصبَ غير مختصٍّ بالسليم كالوديعة.

[3]قوله: **وفي: له عليّ...**الخ؛ يعني ولو قال: له عليَّ ألفُ درهم إلاَّ أنّه ينقصُ مئة درهمٍ مثلاً صُدِّق إن وصل، وإلاَّ لزم الألف، فإنَّ الاستثناءَ يجوز متَّصلاً لا منفصلاً.

ولو كان الانفصالُ بسببِ انقطاعِ النفسِ أو بسببِ دفع السعال فعن أبي يوسفَ ﷺ إنّه يصحّ إذا وصلَه به، وعليه الفتوى؛ لأنَّ الإنسانَ يحتاجُ إلى أن يتكلَّم بكلامٍ كثير، ويذكرُ الاستثناءَ في آخره، ولا يمكنه أن يتكلَّم بجميع ذلك بنفسٍ واحد، ولو لم يجعلْ عذراً يكون عليهم حرج، وعليه الفتوى. كذا في «التبيين»(1) للعلامة الزَّيْلَعِيّ.

[4]قوله: **أخذتُ منك...**الخ؛ يعني لو قال المقِرُ للمقرّ له: أخذتُ منك ألفَ درهمٍ

---

(1) «تبيين الحقائق»(٥: ٢٠).

وقال الآخر: بل غصباً، ضَمِنَ، ، ضَمِنَ، وفي: أعطيتَنيه وديعةً، وقال الآخرُ: غصبتنيه لا

وقال الآخر: بل غصباً، ضَمِنَ، وفي: أعطيتَنيه وديعةً[١]**، وقال الآخرُ: غصبتنيه لا)**: والفرقُ[٢] أن في الأَوَّل أقرَّ بوجوب الضَّمان، وهو الأخذُ، وفي الثَّاني: لم يُقِرّ بذلك، بل الآخرُ يدَّعي علَيه الغصب، وهو ينكرُه، فالقولُ له.

وديعة، فهلكت تلك الدراهم في يدي من غير تعدّ، وقال المقَرُّ له: لا بل أخذتها منّي حال كونها غصباً، ضَمِنَ المقِرُّ ما أقرَّ بأخذه له؛ لأنّه أقرَّ بسبب الضمان وهو الأخذ، ثمّ إنّه ادّعى ما يوجبُ البراءةَ وهو الإذنُ بالأخذ، والآخرُ ينكر، فالقول قولُه مع يمينه.

بخلاف ما إذا قال له المقَرُّ له: بل أخذتَها قرضاً، حيث يكون القولُ للمُقَرِّ [له]؛ لأنهما تصادقا على أنّ الأخذَ حصلَ بإذنه، وهذا لا يوجبُ الضمانَ على الآخذ إلا باعتبارِ عقدِ الضمان، فالمالكُ يدَّعي عليه العقد، وذلك ينكر، فالقولُ قولُ المنكر(١).

[١]قوله: **وفي أعطيتنيه وديعة**...الخ؛ يعني لو قال المقِرُّ: أعطيتني ألفَ درهمٍ وديعةً فهلكت، وقال الآخر: لا، غصبت ذلك الألفَ منّي لا يضمن المقِرّ؛ لأنّه لم يقرّ بسببِ الضمان، بل أقرَّ بالإعطاء، وهو فعلُ المُقَرِّ له، فلا يكونُ مُقِرّاً على نفسِهِ بسبب الضمان، والمقَرّ له يدَّعي عليه بسببِ الضمان، وهو ينكر، فكان القولُ قولُ المنكر.

فإن قيل: إعطاؤه والدفعُ لا يكون إلا بقبضه، فوجبَ أن يكون إقراراً بالقبض.

أجيبَ: بأنَّ الدفعَ قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه، ولو اقتضى ذلك فالمقتضي لا عموم له؛ لأنّه ثابت ضرورة، فيتقدَّرُ بقدرِ الضرورة، فلا يظهرُ في حقّ انعقادِهِ سبباً للضَّمان؛ لأنّه عدمٌ في حقّ غيره(٢).

[٢]قوله: **والفرق**...الخ؛ حاصلُ الفرقِ أنَّ في المسألةِ الأولى وهي ما إذا قال: أخذتُ منك ألفاً...الخ، أقرَّ المقرُّ بموجب الضمان، وهو الأخذ، ثمّ ادّعى المقرّ موجبَ البراءة وهو الإذن، والمقَرُّ له ينكره، والقولُ قولُ المنكر مع يمينه.

وفي المسألةِ الثانية، وهي ما إذا قال: أعطيتنيه وديعة...الخ أضافَ المقرُّ الفعلَ إلى غيره، وذلك الغيرُ يدَّعي عليه بسببِ الضمانِ وهو الغصب، فكان القولُ لمنكرِ

---

(١) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٠٠).

(٢)ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ٢١).

وفي: هذا كان وديعةً لي عندك، فأخذته، فقال: هو لي أَخَذَه، وصُدِّقَ مَن قال: أجَّرتُ فرسي، أو ثوبي هذا، فركبَه، أو لبسَه وردَّه عليّ، أو خاطَ ثوبي هذا بكذا فقبضتُه

(**وفي: هذا**[1] **كان وديعةً لي عندك، فأخذته، فقال: هو لي أَخَذَه**): أي المُقَرُّ له؛ لأنّه أقرّ[2] بيده، ثُمَّ ادَّعى أنّه كان لي فأخذتُه، فيسلّمه إلى المُقَرِّ له، ويقيمُ البيِّنة.

(**وصُدِّقَ مَن قال**[3]: **أجَّرتُ فرسي، أو ثوبي هذا، فركبَه، أو لبسَه وردَّه عليّ، أو خاطَ ثوبي هذا بكذا فقبضتُه**)، هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما: يجب أن يُسَلِّمَ[4] إلى المُقَرِّ له، ثُمَّ يدَّعيه كما في مسألةِ الوديعة

[١]قوله: **وفي هذا**...الخ؛ يعني لو قال المقِرُّ للمقَرّ له: إنَّ هذا الشيء كان لي عندكَ وديعة، فأخذتُها منك، وقال المقَرُّ له: هو لي، فهو يأخذه.

[٢]قوله: **لأنّه أقرّ**...الخ؛ يعني لأنَّ المقِرَّ أقرَّ باليدِ له، ثمَّ بالأخذِ منه وهو سببُ الضمان، ثمَّ ادَّعى استحقاقَه عليه فلا تقبلُ دعواه، فوجبَ عليه رد عيّنِه إن كان قائماً، وقيمتِه إن كان هالكاً، ثمّ يقيم البيّنةُ على صدق دعواه إن قدرَ على ذلك(١).

[٣]قوله: **وصدّق مَن قال**...الخ؛ يعني قال: أجَّرت فرسي هذا فلاناً فركبَه وردَّه إليّ، أو قال: أجَّرتُ ثوبي هذا فلاناً فلبسَه وردَّه إليّ، وقال فلان: كذبت بل الفرس والثوب لي، فالقولُ قولُ المقِرّ ويصدّق.

وكذا الإعارةُ والإسكان، فمَن قال: أعرتُك داري هذه ثمَّ رددتَ عليَّ، أو أسلفتك داري هذه ثمَّ رددتَ عليّ، وقال الآخر: كذبت، وهذه الدار [لي]، فصدّق المقِرُّ على الخلاف، ولو قال: خاطَ فلانٌ ثوبي بدرهمٍ مثلاً، ثم قبضَه، وقال فلان: كذبتَ والثوب ثوبي، فصدّق المقِرُّ، ويكون القول قولُه.

[٤]قوله: **وعندهما يجب أن يسلم**...الخ؛ يعني عند أبي يوسفَ ومحمّد ﷺ يكون القولُ قولُ الذي أخذَ منه الفرس أو الثوب، ويجبُ على المقرِّ أن يسلِّمَه إلى المقرِّ له، ثمَّ يدَّعيه عند القاضي، كما في مسألةِ الوديعة.

قال في «الكفاية»(٢): هذا إذا لم يكن الدابّةُ والثوبُ معروفاً أنّه للمقرّ، أمّا لو كان

(١) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٠١).
(٢) «الكفاية»(٧: ٣٥٠ - ٣٥١).

....

وهو القياس[١]، ووجْهُ الاستحسانِ[٢]: إن في الإجارةِ لم يُقِرَّ بيد الآخر مطلقاً، بل يدُهُ ضروريةٌ؛ لأجل الانتفاع، فبقي فيما وراءَ الضَّرورةِ في حكمِ يدِ المؤجِّرِ بخلاف الوديعة

الثوبُ معروفاً أنّه للمقِرّ أو الدَّابةُ أو الدَّار، فقال: قبضته فيه، فكان القولُ قولُ المقِرّ في قولهم؛ لأنَّ الملكَ فيه معروفٌ للمقرّ. انتهى.

[١]قوله: **وهو القياس**؛ ووجهه أنَّ المقرَّ أقرَّ باليدِ له، ثمَّ ادَّعى عليه الاستحقاق، فيقبلُ إقرارُهُ له دون دعواه عليه، فيجب عليه الردّ كما في مسألة الوديعةِ والقرضِ على ما تقدّم.

[٢]قوله: **ووجه الاستحسان**...الخ؛ تقريره: إنَّ اليدَ في الإجارةَ تثبتُ ضرورةَ استيفاءِ المعقودِ عليه، وهو المنافع، فلا يكون إقراراً باليدِ لهما مقصوداً فلا يظهرُ في حقِّ الاستحقاقِ على المُقِرّ، بخلافِ الوديعة والقرض؛ لأنَّ اليدَ فيهما مقصودةً، فيكون الإقرارُ بهما إقراراً باليد.

***

باب إقرار المريض

دينُ صحَّتِه مطلقاً ودينُ مرضِه بسببٍ معلوم فيه وعُلِمَ بلا إقرارٍ

باب إقرار المريض[1]

(**دينُ صحَّتِه مطلقاً**): أي سواءٌ عُلِمَ بسببه أو عُلِمَ بالإقرار، (**ودينُ مرضِه**)، المرادُ مرضُ الموت[2]، (**بسببٍ معلوم**[3] **فيه وعُلِمَ بلا إقرارٍ**

[1]قوله: **باب إقرار المريض**؛ لمّا فرغَ المصنِّفِ ﷺ عن بيان إقرار الصحيح، وهو الأصل، شرعَ في بيانِ أحكامِ إقرارِ المريض، وهو الفرع؛ فإنَّ المرضَ عرضيٌّ يكون بعد الصحّة، وأفردَه ببابٍ على حدة؛ للاختصاص بأحكامٍ لا تكون للصحيح.

[2]قوله: **المرادُ مرضُ الموت**؛ الحالةُ التي يصيرُ بها الرجل فارّاً بالطلاق، ولا ينفذُ تبرُّعُه فيها إلا من الثلث ما يغلبُ فيها الهلاك، وهذا حدُّ مرضِ الموت شرعاً، وهو شاملٌ للرجل والمرأة، كمرضٍ يمنعه عن إقامةِ مصالحه، أو عن الذهابِ إلى حوائجه خارج البيت.

وفي «الذخيرة»: لا عبرة للقدرة في البيت، وهذا هو الصحيح، وقيل: لا يصلّي قائماً، وقيل: لا يمشي، وقيل: يزداد مرضه، وقيل: المعتبرُ في حقّ الفقيهِ أن لا يقدرَ على الخروج إلى المسجد، وفي السوقي أن لا يقدرَ على الخروج إلى الدُّكان.

وفي «التسهيل»: قال أبو الليث ﷺ: لا يشترطُ كونه صاحبَ فراش، بل العبرةُ للغلبةِ، يعني إن كان الغالبُ من ذلك المرض هو الموت، فهو مرض الموت وإن كان يخرجُ من البيتِ هذا في حقّ الرجل.

فأمّا المرأةُ [التي] لا تحتاجُ إلى الخروجِ من البيت في حوائجها، فلا يعتبرُ هذا الحدّ في حقّها، ولكن إذا كانت بحيث لا يمكنها الصعودُ إلى السطح فهي مريضة، والحاملُ كالصحيحة، إلاّ إذا أخذها الرجع الذي يكون آخرُهُ انفصالُ الولدِ فهي كالمريضة.

أمّا إذا أخذها ثمَّ سكنَ فغيرُ معتبر، والمسلول، والمقعد، والفلوج، والمدقوق ما دامَ يزدادُ به فهو مريض. كما في «المحيط».

[3]قوله: **بسبب معلوم**؛ كثمنِ الأدواء، وأجرةِ الأطبّاء، وثمن ما لا بدَّ منه كالطّعام والشرب.

كبدلِ ما مَلَكَه، أو أتلفَه، أو مهرِ عرسِه سواء، وقُدِّما على ما أقرَّ به في مرضِ موته

كبدلِ ما مَلَكَه[١]، أو أتلفَه، أو مهرِ عرسِه[٢] سواء[٣]، وقُدِّما[٤] على ما أقرَّ به في مرضِ موته)، هذا عندنا، وعند الشَّافِعِيّ[(١)] ﷺ هذا يساوي[٥] الأولين؛ لاستواء السَّبب، وهو الإقرار

[١]قوله: كبدل ما ملكه...الخ؛ مثال لدينِ بسببٍ معلوم حصلَ في ذلك المرض، وعلم بلا إقرار، فبدل ما ملكه: يعني بالاستقراض، أو بالشراء، كما إذا استقرضَ مالاً في مرضِهِ وعاينَ الشهود، دفعَ المقرضُ المال إليه أو اشترى شيئاً وعاينَ الشهود قبضَ المبيع، واستأجرَ شيئاً بمعاينةِ الشهودِ أو أملك مالاً.

[٢]قوله: أو مهر عرسه؛ كما إذا تزوَّج امرأةً بمهرِ مثلها، وعاينَ الشهود نكاحها.

[٣]قوله: سواء؛ أي مستويان في الدَّرجةِ فلا يرجِّحُ أحدُهما في القضاء على الآخر؛ لأنّه لَمّا علمَ سببُهُ انتفى التهمةُ في الإقرارِ به، فصارَ كالدَّينِ الثابتِ بالبيِّنةِ في مرضه.

[٤]قوله: وقدّما على ما أقرّ به في مرضه؛ يعني إنَّ دينَ الصحَّةِ ودين المرض لسببٍ معروفٍ حصلَ في ذلك المرض وعلم بلا إقرارٍ يقدَّمان على دينٍ أقرَّ به في مرضه، ولو كان المقَرُّ به وديعةً. كما صرَّح به في «البحر»[(٢)]، وغيره.

[٥]قوله: هذا يساوي...الخ؛ يعني أنَّ ما أقرَّ به في مرضِهِ يساوي الأوّلين في الدرجة؛ لاستوائهما في سببِ الوجوب، وهو الإقرارُ الصادرُ عن عقلٍ ودين، فإنَّ العقلَ والدِّينَ يمنعان المرء عن الكذبِ في إخباره، والإقرارُ إخبارٌ عن الواجب في ذمَّته، فلا يكذبُ في إخباره؛ لوجودِ هذين الوصفين، وفي هذا الاتّفاق بين أن يكونَ المقِرُّ صحيحاً أو مريضاً، بل بالمرضُ يزدادُ رجحان جانب الصدق؛ لأنَّ المرضَ حالةَ التوبةِ والإنابة.

وفي محلّه وهو الذمّة، إذ هي محلّ الوجوبِ في حالةِ الصحَّةِ والمرض؛ ولهذا يساوي دَين مرضِهِ دَين صحّته إذا كان وجوبه بسبب معروفٍ كالشراء بمثل القيمة، والتزوُّجِ بمهر المثل.

---

(١) ينظر: «المحلي»(٣: ٥٤)، و«نهاية المحتاج»(٥: ٧٠)، و«فتوحات الوهاب»(٣: ٤٣٢).
(٢) «البحر الرائق»(٧: ٢٥٤).

والكلُّ على الإرث وإن شَمِلَ ماله

ولنا: أن[١] إقرارَ المريض وَقَعَ بما تعلَّقَ به من حقِّ الغير.

(**والكلُّ على الإرث وإن شَمِلَ ماله**): أي الدّيون الثَّلاثة، وهي: دينُ الصِّحَّة، ودينُ المرضِ بسبب معلوم، ودينُ المرضِ الذي عُلِمَ بمجرَّدِ الإقرارِ مقدَّمٌ على الإرث[٢]، وإن شَمَلَ جميع المال.

[١]قوله: **ولنا أنَّ**... الخ؛ تقريرُه: إنَّ الإقرارَ لا يعتبرُ دليلاً إذا كان فيه إبطالُ حقِّ الغير، ألا ترى أنّه إذا رهنَ عيناً أو أجَّره ليس له أن يتصرَّف فيه لما فيه من إبطال حقّ الغير، وهاهنا أيضاً في إقراره ذلك؛ لأنَّ حقَّ غرماءِ الصحَّة تعلّق بهذا المال استيفاء؛ ولهذا منعَ المريضُ من التبرُّعِ والمحاباة أصلاً إذا أحاطت الديونُ بماله.

وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين، فحالةُ الصحَّة والمرض لو كانتا متساويين لما منعَ من التبرُّعِ إذ المحاباة في حال المرض، كما في حال الصحّة بخلاف النكاح، فإنّه من الحوائج الأصليَّة حال كونه بمهر المثل، أمّا الزيادةُ على ذلك فباطلةٌ، والنكاح جائز، والمرءُ غيرُ ممنوع من الحوائج الأصليّة، وإن كان ثمّةَ دينُ الصحَّةِ كالصرفِ إلى ثمنِ الأدوية والأغذية.

فإن قلت: لو تزوَّج شيخٌ فانٍ رابعةً جاز، وليس بمحتاجٍ إليها.

قلنا: النكاحُ في أصلِ الوضعِ من مصالح المعيشة، والعبرة لأصلِ الوضع، لا للحال، فإنَّ الحال مما لا يتوقَّفُ عليها، وبخلاف البيع بمثل القيمةِ فإنّه لا يبطلُ حقّهم أيضاً، فإنّ حقّهم في الماليّة وهي باقية.

فإن قيل: لو تعلّق حقُّ الغرماءِ بمال المديون بطل إقرارُه بالدين حالةَ الصحّة، فإنَّ الإقرارَ المتضمِّنَ لإبطال حقِّ الغيرِ غيرُ معتبرٍ كما تقدَّم مع أنّ ذلك ليس بباطلٍ إجماعاً.

أجيب: بأنّ حال الصحة لم يتعلّق فيها حقُّ الغرماء بالمال؛ لقدرته على الاكتساب، فلم يحتجْ إلى تعليق حقِّ الغرماء بماله، فيتحقَّقُ التثميرُ وحالة المرضِ حالةُ العجز، فإنَّ الإنسانَ لَمَّا مَرِضَ مرضَ الموت وعجزَ عن الاكتساب فلو لم يتعلَّق حقُّ الغرماءِ بالمالِ ولم ينتقلْ من الذمّة إليه ينوي دينه؛ لأنَّ المريضَ يتلفُ المالَ سريعاً فيؤدّي إلى إبطال حقّه فيهم(١).

[٢]قوله: **مقدّم على الإرث**؛ وإن شملَ جميعَ المال فإنّ الوارثَ لا يستحقّ شيئاً

(١) ينظر: «العناية»(٨: ٣٨١ - ٣٨٣).

ولا يصحُّ أن يخصَّ، غريماً بقضاءِ دينِهِ ولا إقراره لوارثِهِ إلاَّ أن يُصَدِّقَهُ البقيَّة

(**ولا يصحُّ**[١] **أن يخصَّ**): أي المريضُ في مرضِ الموت، (**غريماً بقضاءِ دينِهِ ولا إقراره**[٢] **لوارثِهِ إلاَّ أن يُصَدِّقَهُ البقيَّة**)

من تركةِ الميِّت ما دام عليه دين.

[١]قوله: ولا يصحّ...الخ؛ يعني ولا يجوزُ للمريضِ أن يخصَّ غريماً ذا دين من الدينين الأوّلين بقضاءِ دينِ ذلك الغريم؛ لأنَّ فيه إبطالُ حقِّ الباقين.

قال في «المنح»(١): وليس له؛ أي للمريض أن يقضيَ دينَ بعض الغرماء دون بعضَ ولو كان ذلك إعطاء مهر، وإيفاء أجرة، إلا إذا قضى ما استقرضَ في مرضه، أو نقدَ ثمنَ ما اشترى فيه: أي في المرض، وقد عُلِمَ ذلك بالبرهان: أي بالبيّنة؛ لأنَّ قولَه في ذلك غيرُ مقبولٍ للتُّهمة.

بخلاف ما إذا لم يؤدِّ حتى ماتَ فإنّ البائع أسوةٌ للغرماءِ في ثمنِ ما باعه منه إذا لم تكنْ العين المبيعة في يدِهِ: أي في يد البائع، أمّا إذا كانت في يدِهِ فهو أولى بها من سائر الغرماء. انتهى. وهكذا في كتبٍ أخر، فعلى هذا يلزمُ على المصنِّف ﷺ ذلك الاستثناء، فافهم.

[٢]قوله: ولا إقراره...الخ؛ يعني ولا يصحُّ إقرارُ المريضِ بدينٍ أو بعينٍ لوارثه إلاَّ أن يصدِّقَه بقيّةُ ورثتِه، فإنَّ لهم أن يتركوا حقّهم.

وقال الشافعيّ ﷺ في أحد قوليه: يصحّ؛ لأنّه إظهارُ حقٍّ ثابتٍ لترجُّح جانبِ الصدق فيه، فإنَّ العقلَ يمنعُهُ عن الإقدامِ على الكذب، وبالمرض يزدادُ الامتناع؛ لكونه حالةَ التوبةِ والإنابة كما تقدَّم، فصار كالإقرارِ لأجنبيٍّ وبوارث آخر، وبوديعة مستهلكة للوارث.

ولنا: ما أخرجَه الدَّارَقُطْنِيُّ في «سننه» في «كتاب الوصايا» من أنّه قال ﷺ: «لا وصيةَ لوارث، ولا إقرارَ له بالدين»(٢)؛ ولأنّه تعلّقَ حقُّ الورثةِ بماله في مرضه، وبهذا يمنعُ من التبرُّعِ على الوارث أصلاً، ففي تخصيصِ البعضِ به إبطالُ حقِّ الباقين؛ ولأنَّ حالةَ المرضِ حالة الاستغناءِ عن المال بظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال، وكلّ

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٨٧/أ – ب).

(٢) في «سنن الدارقطني»(٤: ١٥٢)، و«مسند ابن راهويه»(١: ١٦٥)، وفيه: صححه بعضُ العلماء وحسنه بعضُهم؛ لأنه له شواهد كثيرة، وفي «المعجم الكبير»(٨: ١١٤)، وغيره

وإن أقرَّ بشيء لرجلٍ ثُمَّ ببنُوتِهِ ثَبَتَ نسبُه، وبطلَ ما أقرّ، وصحَّ ما أقرَّ لأجنبيَّة، ثُمَّ نَكَحَها

أي بقيَّةُ الغرماءِ في الدَّين[1]، وبقيَّةُ الورثةِ في الإقرار لوارث(١).

(وإن أقرَّ[2]): أي المريض، **(بشيء لرجلٍ ثُمَّ ببنُوتهِ ثَبَتَ نسبُه، وبطلَ ما أقرّ، وصحَّ ما أقرَّ لأجنبيَّة، ثُمَّ نَكَحَها)**

ما هو كذلك.

فالإقرارُ لبعضِ الورثةِ فيها يورثُ شبهةَ تهمةِ تخصيصه، والقرابةُ تمنعُ عن ذلك؛ لأنّها سببٌ تعلُّق حقُّ الأقرباءِ بالمال، وتعلُّق حقِّهم به يمنعُ تخصيصَ بعضهم بشيءٍ منه بلا مخصِّص، ثمَّ هذا التعلُّقُ حقُّ بقيَّةِ الورثة، فإذا صدّقوه فقد أبطلوه، فيصحُّ إقراره(٢).

[١]قوله: **أي بقيّة الغرماء في الدّين**، وبقيَّةُ الورثةِ في الإقرار لوارث؛ هاهنا بحث، وهو أنّه قد ذكرَ في «الهداية»(٣)، وغيرها، وتقدّم ما في «المنح»(٤) من أنّه لا يجوزُ للمريضِ أن يقضيَ دين بعض الغرماء دون البعض إلا إذا قضى ما استقرضَ في مرضه أو نقدَ ثمنَ ما اشترى في مرضِهِ وقد عُلِمَ بالبيّنة، فإنّه يجوز؛ لأنه ليس فيه إبطالُ حقِّ الغرماء.

فإن أراد الشارحُ البارعُ ﷺ بتصديق بقيَّةِ الغرماءِ في الدَّينِ التصديقُ في مطلقِ الدَّينِ فهو ظاهرُ البطلان، وإن أرادَ تصديقَهم أنَّ الدَّين المقضيّ دينٌ بحقٍّ في المعنى بسببِ بيعٍ ونحوه، فلا يصحُّ الاستثناءُ المذكور؛ لأنَّ الدَّينَ كذلك قد يثبتُ بالبيِّنةِ أو بالمعاينة، ولا غبار في المتن؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ الاستثناءَ فيه منصرفٌ إلى إقراره، ولا إقراره لوارثه. فتفكَّر فيه.

[٢]قوله: **وإن أقرَّ**...الخ؛ يعني إن أقرَّ المريضُ بشيءٍ لرجلٍ أجنبيٍّ ثمَّ أقرَّ أنّه ابنُهُ

---

(١) تبع ملا خسرو ﷺ في «الدرر»(٢: ٣٦٦) الشارحَ ﷺ في شمول الاستثناء للغرماء والورثة، ونصَّ على خصِّه بالورثة صاحب «الملتقى»(ص١٥٠)، و«التنوير»(ص١٧٢)، وقد ذكرَ في «الهداية» (٣: ١٩٠)، و«المنح»(ق٢: ١٨٧/أ - ب): أنّه لا يجوزُ للمريضِ أن يقضيَ دين بعض الغرماء دون البعض إلا إذا قضى ما استقرضَ في مرضه أو نقدَ ثمنَ ما اشترى في مرضِهِ وقد عُلِمَ بالبيّنة، فإنّه يجوز؛ لأنّه ليس فيه إبطالُ حقِّ الغرماء.

(٢) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٠٣).

(٣) «الهداية»(٣: ١٩٠).

(٤) «منح الغفار»(ق٢: ١٨٧/أ - ب).

....

....

ثبتَ نسبُهُ منه؛ لأنَّ النسبَ من الحوائجِ الأصليّة، ولا تهمةَ فيه، وبطل إقرارُه؛ لأنَّ دعوةَ النسبِ تستندُ إلى زمانِ العلوق، فظهر أنّ البنّوةَ ثابتةٌ زمان الإقرار فبطلَ إلا عند الشافعيّ ﷺ في الأصح، ومالك: لا يبطل إذا لم يتهم، صرَّح به العَيْنِي[1]، والشُّمُنِّي[2]، وغيرهما.

وإن أقرَّ المريضُ لأمرأةٍ أجنبيّة ثمَّ تزوّجها لا يبطلُ إقرارُه لها، وقال زفر ﷺ: يبطلُ؛ لأنّها وارثةٌ عند الموت، فيحصل التهمة.

ولنا: إنّه أقرَّ وليس بينهما سبب التهمة، فلا يبطلُ بسبب حادث بعده، والأصلُ في هذا الباب أنَّ العبرةَ لكونه وارثا وقتَ الموت لا وقت الإقرار، إلاَّ إذا صارَ وارثاً بسببٍ جديدٍ كالتزويج وعقد المولاة، صرَّح به في «البحر»[3]، وغيره. وتفصيلُهُ: إنّ الإقرار لا يخلو:

١. إمّا أن يكون المقرُّ له وارثاً وقت الإقرار دون الموت.

٢. أو كان وارثاً فيهما ولم يكن وارثاً فيما بينهما.

٣. أو لم يكن وارثاً وقت الإقرار.

١. فإن كان وارثاً وقتَ الإقرار دون وقت الموت، بأن أقرَّ لأخيهَ مثلاً ثمَّ ولد له ولدٌ يصحُّ الإقرار؛ لعدمِ كونه وارثاً وقت الموت.

٢. وإن كان وارثاً فيهما لا فيما بينهما، بأن أقرَّ لامرأته ثمَّ أبانَها وانقضتْ عدَّتُها ثمَّ تزوَّجَها، أو والى رجلاً فأقرَّ له ثمَّ فسخَ الموالاة ثمّ عقدَها ثانياً لا يجوزُ الإقرارُ عند أبي يوسفَ ﷺ؛ لأنَّ المقرَّ متَّهمٌ في الطلاق وفسخُ الموالاة ثم عقده ثانياً. وعند محمّد ﷺ يجوز؛ لأنَّ شرطَ امتناع الإقرارِ أن يبقى وارثاً إلى الموت بذلك السبب، ولم يبقَ إلاَّ أنّه لّما صار أجنبيّاً نفذَ الإقرارُ كما لو أنشأه في ذلك الوقت، ألا ترى أنّه لو لم يعقد ثانياً كان جائزاً، فكذا إذا عقدَ.

---

(١) في «رمز الحقائق»(٢: ١٦١).

(٢) في «كمال الدراية»(ق٥٩٠).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ٢٥٤).

ولو أقرَّ ببنوّة غلامٍ جُهِلَ نسبُه

لأنَّ في الأوَّل[1] إقرارَ المريضِ لابنِه، وفي الثَّاني لأجنبيّة.

(ولو أقرَّ[2] ببنوّة غلامٍ جُهِلَ نسبُه[3]

٣. وإن لم يكن وارثاً وقت الإقرار، ثمَّ صار وارثاً وقت الموت ينظر: فإن صار وارثاً بسبب كان قائماً وقت الإقرار بأن أقرَّ لأخيه وله ابنٌ ثمَّ ماتَ الابن قبل الأب لا يصحّ، وإن صار وارثاً بسبب جديد كالتزويج، وعقد الموالاة، جاز. وقال زفر ﷺ: لا يجوز؛ لأنَّ الإقرارَ حصل للوارث وقت الموت، فصار كما إذا صارَ وارثاً بالنسب.

ولنا: إنَّ الإقرارَ حين [صدر] حصلَ للأجنبيّ لا للوارث، فنفذَ ولزم فلا يبطلُ بخلاف الهبة؛ لأنّها وصيّة؛ ولهذا يعتبر من الثُّلُث، فيعتبرُ وقتُ الموتِ بخلاف ما إذا صارَ وارثاً بالنسب، بأن أقرَّ مسلمٌ مريضٌ لأخيه الكافر ثمَّ أسلمَ قبل موته أو كان محجوباً بالابن ثمَّ مات الابن، حيث لا يجوز الإقرار له؛ لأنَّ سبب الإرثِ كان قائماً وقت الاقرار.

ولو أقرَّ لوارثه ثمَّ مات المقرُّ له ثم المريض، ووارثُ المقرّ له من ورثة المريض لم يجز إقرارُه عند أبي يوسف ﷺ أوّلاً؛ لأنَّ إقراره حصل ابتداءً وانتهاء، وقال آخراً: يجوز، وهو قول محمّد ﷺ؛ لأنّه بالموت قبل موت المريض خرج من أن يكون وارثاً، وكذلك لو أقرَّ لأجنبي ثمّ مات المقرُّ ثمَّ المريض ووارثه من ورثةِ المقرّ؛ لأنَّ إقرارَه كان للأجنبيّ، فيتمُّ به، ثمّ لا يبطل بموته. صرَّح به في «التبيين»(1)، وغيره، فاحفظه فإنه ينفعك إن شاء الله تعالى.

[1]قوله: **لأنَّ في الأوَّل**...الخ؛ حاصل الفرق أنّ البنوة تستندُ إلى وقت العلوق، فتبيَّن أنّه إقرارٌ لابنه فلا يصحّ، والزوجيّة تقتصرُ على زمان التزوُّج فكان إقراره لأجنبيّة.

[2]قوله: **ولو أقرّ**...الخ؛ يعني لو أقرَّ رجلٌ بغلامٍ ليس له نسب معروف، ويولد مثل هذا الغلام، لمثل ذلك الرجل، أنّه ابنه وصدَّقَهُ الغلامُ ثبتَ نسبُهُ من ذلك الرَّجل، وإن كان ذلك الرجل أقرَّ في مرضٍ شاركَ الغلام الورثةَ في الميراث.

[3]قوله: **جهل نسبه**؛ قال يعقوب باشا في «حاشيته»(2) على هذا الشرح: مجهول

---

(1) «تبيين الحقائق»(٥: ٢٦).

(2) «حاشية يعقوب باشا»(ق١٤٣/ب).

ويُولَدُ مثلُهُ لمثلِه وصَدَّقَهُ الغلامُ ثَبَتَ نسبُه ولو في مرضٍ، وشاركَ الورثة

ويُولَدُ مثلُهُ لمثلِه[١]): أي هما في السِّنِّ بحيث يولَدُ مثلُهُ لمثلِه، (وصَدَّقَهُ الغلامُ[٢] ثَبَتَ نسبُه[٣] ولو في مرضٍ[٤]، وشاركَ الورثة[٥])، تصديقُ الغلامِ[٦] إنَّما يشترطُ إذا كان ممَّن يُعبِّر، وإن لم يُعبِّر، وماتَ المُقِرُّ ثَبَتَ نسبُه، وشاركَ الورثةَ بلا تصديق.

النسب مَن لا يعلمُ له أب في بلده، على ما ذكرَ في «شرح تلخيص الجامع» لأكمل الدين، والظاهرُ أنَّ المرادَ به بلدٌ هو فيه، كما ذكرَ في «القنية» لا مسقط رأسه كما ذكر البعض؛ لأنَّ المغربيَّ إذا انتقلَ إلى المشرقِ فوقعَ عليه حادثة يلزم أن نفتش عن نسبه في المغرب، وفيه من الحرج ما لا يخفى. انتهى.

وقال في «مجمع الأنهر»(١): مجهول النسب في بلدٍ هو فيها، وهو المرادُ من مجهولِ النسبِ في كلِّ موضعٍ على ما في «القنية»، لكن في أكثرِ الكتبِ أن يجهلَ نسبُه في مولده، فإن عرفَ نسبُه فيه فهو معروفٌ النسب. انتهى. وقيَّدَ بقولِه: جُهِلَ نسبُه؛ لأنَّه لو كان معروفَ النسبِ امتنعَ ثبوت نسبِه من غيره، ولا حاجةَ إلى إثباته؛ لاستغنائه به عنه.

[١]قوله: ويولد مثله لمثله؛ أي يكون سنُّه أقلَّ من سنِّ المقرِّ باثني عشر سنةٍ، وهي أدنى مدَّةٍ يحتمل فيها الغلام، ذكره البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية»، وقيَّد به؛ لئلا يكذّبه الظاهر.

[٢]قوله: وصدَّقه الغلام؛ قيّد بتصديقِ الغلام؛ لأنَّ الحقَّ له فلا يثبت بدون تصديقِهِ إذا كان مميِّزاً، والكلام فيه بخلافِ ما إذا كان لا يعبِّرُ عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه؛ لأنّه في يد غيره.

[٣]قوله: ثبت نسبه؛ وقال مالك ﷺ: إن استيقنَ الناسُ أنّه ليس ولده لا يثبت نسبُه منه، كما إذا كان الغلام سنديّاً، وذلك الرجل المقرُّ فارسيّاً، ولنا: إنّ النسبَ ممَّا يحتالُ لإثباتِه إذا أمكن، وفي هذه الصورة يمكن.

[٤]قوله: ولو في مرض؛ إنَّما لم يمتنعْ ثبوتُ النسبِ بمرض المقر؛ لأنَّ النسبَ من الحوائج الأصليّة ولا تُهمة فيه.

[٥]قوله: وشاركَ الورثةَ في الميراث؛ لأنّه من ضرورات النسب.

[٦]قوله: تصديق الغلام...الخ؛ حاصله: إنَّ تصديقَ الغلامَ إنّما شرطَ في هذه

(١) «مجمع الأنهر»(٣: ٣٠٤).

وصحَّ إقرارُ الرَّجلِ والمرأةِ بالوالدين، والولد، والزَّوج، والمولى، وشُرِطَ تصديقُ هؤلاء

(وصحَّ[١] إقرارُ الرَّجلِ والمرأةِ بالوالدين، والولد، والزَّوج[٢]، والمولى[٣]، وشُرِطَ تصديقُ هؤلاء[٤]

المسألةِ إذا كان الغلامُ معبّراً عن نفسه؛ لأنّه حينئذٍ يكون في يدِ نفسه.

وأمّا إذا لم يكن معبِّراً، ومات المقِرُّ فنسبُه يثبتُ من المقرّ، ويشاركُ الورثةَ في الميراث، ولا يعتبرُ تصديقه؛ لأنه في يد غيره، فينْزلُ منْزلةَ التهمة، وهذا عندنا، وأمّا عند الأئمّة الثلاثةِ يثبتُ نسبِ المعبِّر فلا [يعتبر] تصديقِهِ أيضاً لو غير مكلّف. صرَّح به في «المنح»(١)، وغيره.

[١]قوله: وصحّ؛ إنّما جازَ إقرارُ الرجلِ والمرأةِ بالوالدين والولد والزوج؛ لأنّه أقرَّ على نفسِهِ بما يلزمه، وليس فيه تحميل النسب على غيره، والأصلُ أنّ إقرارَ الإنسانِ على نفسِهِ حجَّةٌ لا على غيره، وبالإقرار بهؤلاء فيه ليس إلا إلزام على نفسه فيقبل.

[٢]قوله: والزوج؛ يعني وصحَّ إقرار الزوجِ بالزوجة، والزوجة بالزوج، وأمّا إقرارُ الزوجِ بالزوجةِ فصحيح، بشرطِ خلّوها عن زوجٍ وعدّته، وبشرط أن لا يكون تحتَ المقرِّ أُختها أو أربع سواها(٢).

[٣]قوله: والمولى...الخ؛ أي وصحَّ إقراره: أي من جهة العتاقة إن لم يكن بالمولى ولاؤه ثابتاً من جهةِ غيره، قال في «المنح»(٣): وهذا قيدٌ لا بدَّ منه، وقد أخلّ به في «الكنْز» و«الوقاية» أيضاً؛ لأنَّ موجبَ إقراره يثبتُ بينهما بتصادقهما من غير إضرارِ بأخذ، فينفذ.

أقول: إذا كان ولاؤه ثابتاً من جهةِ غيرِه فلا يصحُّ إقراره به، فكيف يصحُّ إقرارُ المريضِ به، والكلام إنّما هو في مسائلَ يخالفُ المريضُ الصحيحَ فيها، فما الحاجة إلى ذكر ما لا حاجة إلى ذكره؛ لظهوره ببال مَن له بال.

[٤]قوله: وشرطَ تصديق هؤلاء؛ لأنَّ إقرارَ غيرِهم لا يلزمُهم؛ لأنَّ كلاً منهم في

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٨٩/أ).

(٢) ينظر: «منح الغفار»(ق٢: ١٨٩/أ).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ١٨٩/أ).

كما شُرِطَ تصديقُ الزَّوج، أو شهادةُ القابلةِ في إقرارها بالولد، وصحَّ التَّصديقُ بعد موتِ المُقِرِّ إلا من الزَّوج بعد موتِها مُقِرَّةً

كما شُرِطَ[1] **تصديقُ الزَّوج، أو شهادةُ القابلةِ في إقرارها بالولد)**، يكفي شهادةُ امرأةٍ واحدة، وذِكْرُ القابلةِ[2] في إقرارِها خَرَجَ مَخْرَجَ العادة.

(وصحَّ التَّصديقُ[3] **بعد موتِ المُقِرِّ إلا من الزَّوج بعد موتِها مُقِرَّةً)**

يدِ نفسه إلاَّ إذا كان المقرُّ له صغيراً في يدِ المقرّ، وهو لا يعبّر عن نفسه أو عبداً له، فيثبتُ نسبُهُ بمجرَّد الإقرار، ولو كان عبداً لغيره يشترطُ تصديق مولاه؛ لأنّه الحق له. كذا في «مجمع الأنهر»(١)، و«تبيين الحقائق»(٢).

[١]قوله: **كما شرط**...الخ؛ يعني كما شرطَ في إقرارِ المرأةِ بالولد تصديقُ الزوج أيضاً، أو شهادة القابلة، أمّا الأوّل فإنَّ الولدَ للفراش والحَقُّ له، فإذا صدَّقَها فقد أقرَّ به، وهذا إذا كان لها زوجٌ، أو كانت معتدةً منه، وادّعت أنَّ الولدَ منه؛ لأن فيه تحميلُ النسبِ عليه فلا يلزمُه بقولِها.

أمّا إذا لم يكن لها زوجٌ ولا هي معتدّة، أو كان لها زوجٌ وادَّعت أنَّ الولدَ من غيره، صحَّ إقرارُها؛ لأنَّ فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها، فينفذ عليها، وأمّا الثاني؛ فلأنَّ الفرضَ أنَّ الفراشَ قائم، فيحتاجُ إلى تعيينِ الولد، وشهادةُ القابلةِ في ذلك مقبولة.

[٢]قوله: **وذكر القابلة**؛ خرجَ مخرجَ العادة بناءً على الغالب، ولا يخفى أنّه يشترطُ أن لا يكون هذا الولدُ ثابتَ النسبِ من امرأةٍ أخرى غير تلك المرأة، وإنّما اكتفى بشهادةِ امرأةٍ واحدة؛ لأنَّ الحاجةَ إلى تعيين الولد، فأمّا ثبوت النسب فإنّما هو بالفراش، فإن كانت معتدّة عن طلاقٍ فلا يثبتُ إلا بتصديقِ الزوجِ أو شهادةِ رجلين، أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفةَ ، وعندهما يكفي شهادةُ امرأةٍ واحدة.

وإن كانت معتدّة وفاةٍ فتصديقُ الوارثِ يكفي، ويثبتُ النسبُ في حقِّ ذلك الوارث، وأمَّا في حقِّ غيرهم من الورثة فإن كان المصدِّق نصاب الشهادة يثبت وإلا فلا، وإن لم تكن المرأةُ منكوحةً ولا معتدَّة، قالوا: ثبتَ النسبُ منها بقولها، ومن المشايخ من أجرى المسألة على إطلاقها، وردّ قولَها، وإن لم تكن ذات زوج. كذا في «الكافي».

[٣]قوله: **وصحّ التصديق**...الخ؛ يعني وصحَّ تصديقُهم بعد موتِ المقرِّ؛ لبقاء

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٣٠٥).

(٢) «التبيين»(٥: ٢٧).

ولو أقرَّ بنسبٍ من غيرِ ولاد كأخٍ وعمٍّ لا يَصِحّ

هذا[١] عند أبي حنيفة ﷺ؛ لأنَّ حُكْمَ النِّكاحِ ينقطعُ بالموت، فلا يصحُّ تصديقُ الزَّوج بعد انقطاعِها بخلافِ تصديقِ الزَّوجة؛ لأنَّ حكمَ النِّكاحِ[٢]باقٍ بعد الموتِ لوجوبِ العدَّة، وعندهما: يصحُّ باعتبار[٣] أن حُكْمَ النِّكاح، وهو الإرث باقٍ بعد الموتِ. وله: أن التَّصديقَ[٤] يستندُ إلى الإقرار، والإرثُ حينئذ معدوم.

(ولو أقرَّ بنسبٍ من غيرِ ولاد كأخٍ وعمٍّ لا يَصِحّ)

النسب بعد الموت، إلا تصديقُ الزوجِ بعد موت الزوجة؛ لأنَّ تصديقَه بعد موتها باطلٌ عند الإمام، فإذا أقرَّ بنسبٍ أو نكاحٍ ثمَّ مات المقرُّ فصدَّقه المقرُّ له بعد موته، صحّ تصديقه إلا إذا أقرّت المرأةُ بالزوجِ فصدَّقَها بعد موتِها فإنّه لا يصحّ.

[١]قوله: **هذا**؛ أي عدمُ صحّة تصديقِ الزوج بعد موت الزوجةِ المقرّة.

[٢]قوله: **لأنَّ حكمَ النكاح**...الخ؛ حاصلُ الاستدلال أنّه لَمَّا ماتتِ الزوجةُ زالَ النكاح بعلائقه في جانبه، إذ يجوزُ له أن يتزوَّج أختَها أو أربعاً سواها، ولا يحلُّ له أن يغسلَها بعد موتِها، فالتصديقُ منه لا يفيدُ شيئاً، بخلاف تصديق الزوجةِ فإنّه يصحُّ بعد موت الزوج؛ لإمكانِ جعل النكاح باقياً ببقاءِ أثره، وهو العدّة، فإنّها واجبةُ الثبوتِ بعد الموت، وهي من آثارِ النكاح، ألا ترى أنّها تغسلُ الزوجَ بعد موته لقيام النكاح.

[٣]قوله: **باعتبار**...الخ؛ محصوله: إنّ حكمَ النكاح باقٍ بعد موتها في حقّ الإرث، والإقرار قائم، والتكذيب منه لم يوجد، فصحَّ التصديق في هذه الحالة، فيثبت النكاح بتصادقهما، فيرثُ منها؛ ولهذا لو أقامَ البيّنةَ على النكاحِ بعد موتِها تقبل، ولولا أنَّ النكاحَ قائمٌ في حقِّ الإرثِ لما قُبِلَت، فكذا تصادقهما يعمل فيه أيضا كالبيّنة.

[٤]قوله: **له أنَّ التصديق**...الخ؛ جوابٌ عمّا استشهدا به، وحاصلُهُ: إنَّ التصديقَ على اعتبارِ الإرثِ لا يصحّ، فإنّ الإرثَ لا يثبتُ أوّلاً بعد الموت، فهو معدومٌ حالة الإقرار، والتصديقُ يستندُ إلى أوّل الإقرار، والإرثُ معدومٌ في تلك الحالة، فلا يمكن اعتبارُ صحَّةِ التصديقِ باعتبارِ الإرث المعدوم.

فإن قلت معارضاً: إنّ التصديقَ على اعتبارِ العدَّةِ أيضاً غير جائز؛ لأنّها تثبتُ بعد الموتِ فتكون معدومة في حالةِ الإقرار، والتصديقُ يستندُ إلى أوّل الإقرار.

ويرثُ إلا مع وارث آخر وإن بَعُدَ، ومَن أقرَّ بأخ وأبوه مَيْتٌ شاركه في الإرث بلا نسبٍ، ولو أقرَّ أحدُ ابني ميْت له على آخر دين بقبضِ أبيه نصفَه، فلا شيء له، والنِّصفُ للآخر.

لأنَّه تحميلُ النَّسبِ على الغير[1]، (**ويرثُ إلا مع وارث آخر وإن بَعُدَ**[2]، **ومَن أقرَّ بأخ وأبوه مَيْتٌ شاركه في الإرث بلا نسبٍ**)لأنَّ الميراثَ[3] حقُّه فيقبلُ فيه إقراره، وأمَّا النَّسبُ ففيه تحميلٌ على الغير.

(**ولو أقرَّ أحدُ ابني ميْت له على آخر دين بقبضِ أبيه نصفَه، فلا شيء له، والنِّصفُ للآخر**)

قلنا: إن العدّةَ لازمةٌ للموت عن نكاح بالإجماع، فيمكن أن يعتبرَ النكاحُ المعاينُ قائماً باعتبار، فكذا المقرُّ به، وأمّا الإرثُ فغيرُ لازمٍ للموت؛ لاحتمالِ أن تكون تلك المرأة كتابيَّة فلم يعتبر قائماً باعتباره.

[١]قوله: **لأنه تحميلُ النسب على الغير**؛ يعني لأنَّ هذا الإقرارَ تحميل النسبِ على غيرِه فلا يجوز إلاَّ بإقامةِ البيّنة، إلا في حقِّ نفس المقرِّ حتى يلزمه الأحكامُ من النفقةِ والحضانة والإرث إذا تصادقا على ذلك الإقرار؛ لأنَّ إقرارهما حجّة عليهما.

[٢]قوله: **ويرث إلا مع وارثٍ آخر وإن بعد**؛ يعني إن كان للمقرِّ وارثٌ لا يرثُ ذلك المقرُّ له؛ لأنَّ النسبَ لم يثبتْ بإقراره، فلا يستحقُّ الميراثَ مع وارثٍ معروف، سواء كان ذلك الوارث قريباً كذوي الأرحام، أو بعيداً كذوي الموالاة، وإن لم يكن له وارثٌ غيرُه ورثه؛ لأنَّ إقراره حجَّةٌ في حقِّ نفسِهِ فيقبلُ عند عدمِ الإضرار بغيره.

والسرُّ فيه: إنَّ ذلك المقرَّ أقرَّ بشيئين أحدهما النسب، والثاني: استحقاقُ مالهِ بعده، والمقرُّ في النسبِ أقرَّ على غيره فيردّ، وفي استحقاقِ مالهِ أقرّ على نفسِهِ فيقبلُ عند عدمِ المزاحم؛ لأنَّ له ولايةُ التصرُّفِ في ماله عند عدمَ الوارث، حيث يضعُه حيث شاء، حتى يجوز له الوصية بجميع ماله.

فكذا يجوز له أن يجعلَه لهذا المقرِّ له؛ لأنه وصيةٌ من وجه، حتى كان للمقرِّ أن يرجعَ عن الإقرار؛ لأنَّ نسبه لم يثبتِ فلا يلزمُه كالوصية إرثٌ من وجه، حتى لو أوصى لغيره بأكثرَ من الثلثِ لا ينفذُ إلا بإجازةِ المقرِّ له ما دام المقرُّ مصرّاً على إقراره فكأنّه وارث حقيقة.

[٣]قوله: **لأنَّ الميراث...الخ**؛ حاصله: إنّ إقرارَه يتضمَّنُ شيئين:

....

إذا كان لزيدٍ على عمرو مئةُ درهم، فأقرَّ أحدُ ابني زيدٍ أن زيداً قَبَضَ خمسين[١]، فلا شيء للمُقِرّ، والباقي لأخيه؛ لأنَّ إقرارَ المُقِرِّ[٢] ينصرِفُ إلى نصيبه.

أحدهما: حملُ النسب على الغير، ولا ولاية له عليه، فلا يثبت إلا بالبيّنة.

والثاني: الاشتراك في المال وله ولاية عليه فيقبل فيه إقراره، ويثبتُ به ذلك، وصار كما أنّ المشتري إذا أقّر على البائع بأنّه أعتقَ العبد المبيع قبل البيع، حيث لم يقبل قوله في حقِّ البائع، حتى لا يرجعَ عليه بالثمن، ويقبلُ في حقّ نفسه حتى يعتق.

وقال مالك وابن أبي ليلى ﷺ: يجعلُ إقرارُه شائعاً في التركة، فيعطى المقرُّ ما يخصُّه من ذلك، حتى لو كان لشخصٍ مات أبوه أخٌ معروف، فأقرّ بأخ آخر، فكذّبه أخوه المعروف فيه، أعطى المقرُّ نصفَ ما في يده.

وعندهما ثلثُ ما في يده؛ لأنَّ المقرَّ قد أقرّ بثلثٍ شائع في النصفين، فنفذَ إقرارُه في حصَّته، وبطلَ ما كان في حصّةِ أخيه، فيكون له ثلثُ ما في يده، وهو سدس جميع المال، والسدس الآخر في نصيبِ أخيه بطلَ إقرارُه فيه لما ذكرنا.

ونحن نقول: إنّ في زعمِ المقرِّ أنّه يساويه في الاستحقاق، والمنكرُ ظالمٌ بإنكاره، فيجعلُ ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية[١].

[١]قوله: **قبض خمسين**، ولو أقرّ أنَّ زيداً قبضَ كلَّ الدَّينِ كان جوابه كالمسألة الأولى، إلاّ أنّ هاهنا يحلفُ المنكرُ لحقّ الدّين: بالله ما نعلم أنّه قبض، فإذا نكلَ برئت ذمَّتُه، وإن حلف دفعَ إليه حصَّتَه بخلاف المسألة الأولى، حيث لا يحلف لحقّ الغريم؛ لأنَّ حقَّه كلَّه حصل له من جهة المقرّ فلا حاجة إلى تحليفه وهاهنا لم يحصل له إلاّ النصف فيحلِّفَه.

[٢]قوله: **لأنَّ إقرارَ المقر**...الخ؛ تقريرُه: إنَّ الإقرارَ باستيفاء الدَّين إقرارٌ بالدَّين على الميِّت، فإنّ استيفاءَ الدينِ بقبضٍ يكون مضموناً لما مرَّ غير مرّة أنَّ الدُّيونَ تقضى بأمثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدّين عليه، فيلتقيان قصاصاً، فإذا كذَّبه أخوه لا يصدقُ عليه، فينفذ في حقّه خاصَّة، فوجبَ على الميِّت خمسون درهماً على زعمه، والدَّين مقدَّمٌ على الإرث فاستغرق نصيبَه، فلا يأخذ منه شيئاً.

---

(١) ينظر: «التبيين»(٥: ٢٨).

....

....

وسارَ كما إذا أقرَّ عليه بدينٍ أخوه، وكذَّبه أخوه، وليس له أن يشاركَ أخاه في الخمسين وإن تصادقا على أنّه مشتركٌ بينهما؛ لأنّه لو رجعَ المقرُّ على أخيهِ لرجع أخوه على الغريم بما بقيَ من الدَّين على زعمه، ثمَّ رجعَ الغريمُ على المقرّ بما زاد على الخمسين ممّا أخذه من أخيه المكذّب؛ لأنّ الوارثَ لا يأخذُ شيئاً إلا بعد قضاء الدَّين فيؤدّي إلى الدور.

***

كتاب الصلح

هو عقدٌ يَرْفَعُ النِّزَاعَ صحَّ مع إقرارٍ وسكوتٍ وإنكار

كتاب الصلح[1]

(هو عقدٌ يَرْفَعُ النِّزَاعَ صحَّ[2] مع إقرارٍ وسكوتٍ وإنكار): أي مع إقرارِ المدَّعى عليه، أو سكوتِه، أو إنكاره

[1]قوله: كتاب الصلح؛ لَمَّا فرغَ المصنِّف ﷺ عن بيانِ أحكامِ الإقرارِ شرعَ فيما يتسَّببُ عن الخصومةِ المترتِّبة على إنكارِ المقرِّ إقرارَه، وهو الصلح، فتناسبَ الصلحُ والإقرار بواسطتين، وهذه مناسبة خفية، أما وجه المناسبة الظاهرةِ فهو أنَّ الصلحَ قد يكون عن إقرار، أو يقال: إن كلاً منهما يحصل به قطع المنازعة.

والصلح: اسمٌ من المصالحة، وهو خلافُ المخاصمة، وأصله من الصلاح، وهو استقامةُ الحال، وفي الشرعِ ما فسَّره المصنِّف ﷺ بقوله: هو عقدٌ يرفعُ النِّزاع.

وركنُهُ: الإيجابُ مطلقاً، والقبولُ لا مطلقاً، بل فيما يتعيَّن؛ لأنّه ليس من الإسقاط، حتى يتمَّ المسقطُ وحده؛ لعدمِ جريانِهِ في الأعيان.

وأمّا فيما لا يتعيَّن كالدَّراهمِ والدنانيرِ فيتمّ بلا قبولٍ من المطلوب إذا بدأ هو بطلبه بأن ادّعى شخصٌ على شخصٍ دراهم، فطلبَ المدَّعي بعده الصلح على نصفها، فقال المدَّعي: صالحتك على ذلك، فلا يشترطُ قبولُ المدَّعى عليه؛ لأنَّ ذلك إسقاطٌ من المدّعي، وهو يتمُّ بالمسقطِ وحده، وهذا إنّما يظهرُ في صورةِ الإقرار.

وشرطه: العقل، كما هو شرطٌ في جميعِ العقود والتصرُّفاتِ الشرعيّة، فلا يصلحُ صلحُ مجنون وصبيٍّ لا يعقل، لا البلوغ والحرية فصحَّ من صبيٍّ مأذون إن عرى صلحه عن ضررٍ بيّن، ومن عبد مأذون، ومكاتب لو فيه نفع.

وكونُ المصالح عليه معلوماً إن كان يحتاجُ إلى قبضِه، وكون المصالح عنه حقّاً يجوزُ الاعتياض عنه، ولو كان غير مال كالقصاص والتعزيزِ معلوماً كان المصالحُ عنه، أو مجهولاً فلا يصحّ الاعتياض عنه كحقّ شفعة، ومثل ذلك لم يصلح، لو كان المصالح غير مال لا يجوز.

وحكمه: وقوع البراءة عن دعوى المدعي(1).

[2]قوله: صحّ مع اقرار...الخ؛ اعلم أنَّ الصلحَ على ثلاثة أنواع:

---

(1) ينظر: «منح الغفار»(ق٢: ١٩١/ب).

....

وعند[1] الشَّافِعِي[1] رضي الله عنه لا يصحُّ إلا في صورةِ الإقرار.

الأوّل: مع إقرار.

والثاني مع سكوت.

والثالث مع إنكار؛ لأنّ الخصمَ وقت الدعوى إمّا أن يسكت أو يتكلّم مجيباً، وهو لا يخلو عن النفي والإثبات فلقولنا مجيباً لا يرد أنَّ الخصمَ قد يتكلّم بما لا يتّصل بمحلّ النِّزاع، وكلٌّ من هذه الأقسام الثلاثة جائز؛ لقوله جل جلاله: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾[2].

فلفظُ الصلحِ هاهنا معرَّفٌ باللام، فيقتضي أن يكون كلُّ صلحٍ خيراً، وكلُّ خيرٍ مشروعٌ، فكلُّ صلحٍ مشروع، وهذه الآية وإن نزلَت في صلحِ الزوجين، لكن العبرة لعمومِ اللفظ لا لخصوص السبب، وأيضاً خرجَ هذا القول مخرجَ التعليل، والعلّة لا تتقيّد بمحلّ الحكم، فكان عامّاً.

لا يقال: إنّ صرفَه إلى الكلّ متعذِّر، فإنَّ الصلحَ بعد اليمين، وصلح المودع، وصلح مَن ادَّعى على امرأةٍ نكاحاً فأنكرت لا يجوز، فلا جرم أن يصرفَ إلى الأولى وهو الصلحُ عن إقرار؛ لأنّا نقول: إنَّ تركَ العملِ بالاطلاقِ في بعض المواضعِ بمانعٍ لا يستلزمُ تركَه عند عدمِ المانع، ولما أخرجه أبو داود من حديث أبي هريرةَ رضي الله عنه إنّه قال صلى الله عليه وسلم: «كلُّ صلحٍ جائز فيما بين المسلمين، إلاَّ صلحاً أحلَّ حراماً أو حرَّمَ حلالاً»[3][4].

[1]قوله: **وعند الشافعي رضي الله عنه لا يصح إلا في صورة الإقرار**؛ فلا يجوز الصلح مع إنكار أو سكوت؛ لما تقدَّم من الحديثِ المذكور، فإنّ الصلحَ مع إنكار أو سكوتٍ بهذه الصفة؛ لأنَّ بدلَ الصلحِ كان حلالاً على الدافع، حراماً على الآخذ؛ لكونِ المدَّعى عليه منكراً، وعدمُ ثبوتِ حقِّ المدَّعي بالبيِّنة، فينقلب الأمر، ويكون حراماً على الدَّافعِ وحلالاً على الآخذ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب»، و«حواشيه» للرملي (٢: ٢١٥).

(٢) النساء: ١٢٨.

(٣) في «سنن أبي داود»(٢: ٣٢٨)، و«صحيح ابن حبان»(١١: ٤٨٨)، و«السنن الصغير»(٨: ٤٥٤)، و«معرفة السنن»(١٠: ٨٤)، و«المعجم الكبير»(١٧: ٢٢)، وغيرها.

(٤) ينظر: «منح الغفار»(٢: ١٩٢/أ).

....

....

أو نقول: إنَّ المدَّعي إن كان محقّاً كان أخذُ المدّعى حلالاً قبل الدَّفع، وحرم عليه بالصلح، وإن كان مبطلاً كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراماً عليه قبل الصلح، وحلّ له الصلح، فصار صلحاً أحلَّ حراماً، وحرَّم حلالاً؛ ولأنّ المدّعي عليه يدفع المالَ لقطعِ الخصومة عن نفسه، وهذا رشوة، وهي حرام، فإذا كان هذا التمليك رشوة، كان التملُّكُ قبول الرشوة، إذ لا يملكُ إلا من جهةِ التي ملك.

والجواب عن الاستدلالِ الأوّل: إنَّ المرادَ ليس ما ذكرَه، فإنّ ذلك موجودٌ في الصلحِ مع الإقرارِ أيضاً؛ لأنّ الصلحَ يقعُ عادةً على ما دون حقِّه فجازَ أو على المأخوذِ إلى تمامِ حقِّه كان حلالاً للمدَّعي أخذه قبل الصلح، وحرّم عليه بالصلح، وكان حراماً على المدَّعى عليه منعه قبل الصلح، وحلَّ له بعده.

ولو كان المرادُ هذا المعنى لما صحَّ مطلقاً، بل البيعُ أيضاً يكون حراماً على هذا الاعتبار، فإنّ كلّ واحدٍ من المتبايعين ماله كان حلالاً له قبل البيع، ويحرم عليه بالبيع، وكذا سائرُ العقودِ المشروعة، فهذا يؤدّي إلى تحريم أسبابِ الملكِ بأسرها.

بل المراد أن يستباحَ بالصلحِ ما ليسَ بمباحٍ شرعاً، أو يحرم بالصلحِ ما ليس بحرامٍ شرعاً، وذلك مثل أن يصالح على الخمر والخنْزير أو يصالح إحدى الفرعين على أن لا يطأ الأخرى، وهذا المراد ظاهر، فإنّ لفظَ الحلالِ والحرامِ ذكر مطلقاً، فينصرفُ إلى الكامل، وهو ما هو حلالٌ لعينه، وحرامٌ لعينه.

وعن الاستدلال الثاني: إنّ المدَّعي يأخذُ عوضاً عن حقِّه في زعمِه، وهو مشروع، والمدَّعى عليه يدفعه لدفع الخصومةِ عن نفسه، وهو أيضا مشروع؛ لأنّ المال خُلِقَ لصيانةِ الأنفس عن المهالك والمفاسد، ودفعُ الضررِ أمر جائزٌ.

وإن سلّمنا أنّه رشوةٌ فهي جائزةٌ للدَّافعِ لدفعِ الظلم عن نفسه، وما جاء فيه من الذمّ من قولِهِ ﷺ: «لَعَنَ اللهُ الراشي والمرتشي»[1]، يراد به: إذا كان هو الظالمُ فيدفعها إلى بعض الظلمةِ من ولاة الأمور، ويستعين به على الظلم بالرشوة.

---

(١) في «سنن الترمذي»(٣: ٦٢٢)، و«سنن أبي داود»(٢: ٣٢٤)، و«سنن ابن ماجة» (٢: ٧٧٥)، و«صحيح ابن حبان»(١١: ٤٦٧)، وغيرها.

فالأَوَّلُ كبيعٍ إن وَقَعَ عن مالٍ بمال، فيجري فيه الشُّفْعَة، والرَّدُّ بعيب، وخيارُ رؤية

(فالأَوَّلُ كبيعٍ[1] إن وَقَعَ عن مالٍ بمال، فيجري فيه الشُّفْعَة[2]، والرَّدُّ بعيب[3]، وخيارُ رؤية[4]

وأما لدفعِ الظلمِ عن نفسِهِ فلا مشاحة فيه، ونقل أبو اللَّيث ﷺ عن أبي يوسفَ ﷺ جواز المصالحة للأوصياءِ في أموال اليتامى، وبه يفتي، كما ذكره الشُّمُنِّيُّ(١)، وغيره، وقال في «المحيط»: لو رشى لدفعِ خوفه على نفسه أو ماله، أو خوفا على نسائه، أو أعطى ماله لشاعرٍ لا بأس به. انتهى.

[١]قوله: **فالأوّل كبيع**؛ يعني أنَّ الصلحَ مع إقرار إن وقعَ عن مالٍ بمال فيعتبرُ بيعاً؛ لوجود معنى البيع فيه، وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي فيجري فيه أحكام البيع كالشفعة وغيرها، ممّا ذكره المصنّف ﷺ.

والسرُّ فيه: إنّ الأصلَ في الصُّلح أن يحملَ على أشبه العقود له فيجري عليه أحكامُه؛ لأنّ العبرةَ للمعاني دون الصور؛ ولهذا جُعِلَت الهبةُ بشرطِ العوضِ بيعاً، والكفالةُ بشرطِ براءة الأصيل حوالة، والحوالةُ بشرط عدم براءةِ الأصيل كفالة.

فإذا وقع الصلحُ عن مالٍ بمالٍ ينظر: إنْ وقعَ على خلافِ جنسِهِ أو على جنسه، فعلى الأوّل: هو بيع وشراء، وعلى الثاني: فلا يخلو: إمّا أن يكون بأقلّ من المدعى، أو بمثله، أو بأكثر منه، فالأوّل حطٌّ وابراءٌ، والثاني قبض واستيفاء، والثالث فضل وربا.

[٢]قوله: **فيجري فيه الشفعةُ في العقار**؛ بأن كانت الدَّعوى في دارٍ في يد رجلٍ قد أقرّ له بها، فصالح المدَّعي على مال معيَّن دفعه إليه، فهذا في معنى البيع، وللجار أن يطالبه الشفعة فيه.

[٣]قوله: **والردّ بعيب**؛ بأن كان بدل الصلح عبداً مثلاً، فوجدَ المدَّعي فيه عيباً فله أن يردّه؛ لأنّه اعتبرَ بيعاً.

[٤]قوله: **وخيار رؤية**؛ بأن لم يرَ المصالح ما وقعَ عليه الصلحُ وقتَ الصلح، ثم رآه، فله الخيارُ فيه، كما في شراءِ ما لم يره.

---

(١) في «كمال الدراية»(ق٤٠٦).

وشَرْط، ويفسدُهُ جَهالةُ البَدَل، وما استُحِقَّ من المدَّعى يَرُدُّ المدَّعي حصَّتَهُ من العوض، وما استُحِقَّ من البدل رجعَ بحصَّتِهِ من المدَّعي

وشَرْط[1])، سواءٌ صُولِحَ عن دار، أو على دار، فللشفيعِ الشُّفعة، ويثبتُ الرَّدُّ بالخيارات الثَّلاثةِ لكلِّ واحدٍ من المدَّعي والمدَّعى عليه في بدلِ الصُّلْح والمصالحِ عنه.

(ويفسدُهُ جَهالةُ البَدَل[2]، وما استُحِقَّ من المدَّعى يَرُدُّ المدَّعي حصَّتَهُ من العوض، وما استُحِقَّ[3] من البدل رجعَ بحصَّتِهِ من المدَّعي

[1]قوله: **والشرط**؛ أي وخيار الشرط، بأن تصالحا على شيء، فشرط أحدهما الخيار لنفسه، فإنّه جاز؛ لأنّه من أحكام البيع.

[2]قوله: **ويفسده جهالة البدل**؛ فإنَّ جهالةَ البدلِ تفضي إلى المنازعة، فإنَّ البدلَ يحتاجُ إلى قبضه، فلا بدَّ من إعلامه، بحيث لا يبقى فيه منازعة بينهما بخلافِ جهالة المصالح عنه، كما يقول السفيرُ بين المتخاصمين: كلّ دعوى لك على فلان صالحةٌ على هذا المقدار؛ لأنّه يسقط، واعلم أنَّ الصلحَ لا يخلو:

١. إمّا أن يكون عن معلوم على معلوم، بأن ادّعى حقّاً معلوماً في يدِ رجلٍ فصالحَ المدَّعى عليه فإنّه جائز.

٢. أو يكون عن مجهول على مجهول، وهو على وجهين:

الأوّل: إنّه لا يحتاجُ فيه إلى التسليم والتسلُّم بأن ادَّعى حقاً في دارٍ في يدِ رجل، ولم يسلّم، وادّعى المدّعى عليه حقّاً في أرضٍ في يد المدّعي ولم يُسَلِّم، فاصطلحا على أن يتركَ كلُّ واحدٍ منهما ما ادّعاه على صاحبه وهو جائز.

والثاني: إنّه يحتاجُ فيه إلى التسليم والتسلُّم بأن اصطلحا على أن يدفعَ أحدُهما من عندِ نفسِهِ مالاً ولم يبيّنه على أن يتركَ الآخر دعواه، أو على أن يسلّم إليه ما ادّعاه، فإنّه لا يجوز.

٣. أو يكون عن مجهول على معلوم، وهو أيضاً على وجهين:

الأوّل: إنّه يحتاجُ إلى تسليمه فهو غير جائز.

والثاني: إنّه لا يحتاجُ فهو جائز، ففي كلِّ موضع لا يحتاجُ فيه إلى التسليمِ والتسلُّم، فالجهالةُ فيه لا تفضي إلى المنازعة، فلا تمنعُ جوازَ الصلح، وفي كلِّ موضعٍ يحتاجُ فيه إلى التسليم والتسلُّم، فالجهالةُ فيه تفضي إلى المنازعة، فتمنع جوازَ الصلح، فاحفظه فإنّه نافع لك.

[3]قوله: **ما استحقّ...الخ**؛ يعني إنّ المدَّعى وهو المصالحُ عنه في الصلح مع الإقرار

وكإجارة إن وَقَعَ عن مالٍ بمنفعة، فَشُرِطَ التَّوقيتُ فيه، ويبطلُ بموتِ أحدِهما في المدَّة

وكإجارة[١] **إن وَقَعَ عن مالٍ بمنفعة، فَشُرِطَ التَّوقيتُ فيه**[٢]): أي إن كان البدلُ منفعةً يُعْلَمُ بالتَّوقيتِ كالخدمة، وسكنى الدَّار، بخلاف ما إذا وقع الصُّلحُ عن المالِ على نقلِ هذا الشيء من هنا إلى ثَمَّة، (**ويبطلُ بموتِ أحدِهما**[٣] **في المدَّة**.

إن كان مستحقّاً سواءً كان كلاً أو بعضاً رجعَ المدَّعى عليه على المدَّعي بكلِّ اليد إن كان المستحقُّ كلَّه، أو بعضِه إن كان المستحقُّ بعضَه.

وصورته: إنَّ زيداً مثلاً ادَّعى داراً في يد عمرو، فأقر عمرو وصالح زيداً على مئة درهم، فصارت المئة في يدِ زيد، والدارُ في يد عمرو، ثمَّ استحقَّ نصفُ الدَّارِ أو كلّها يرجعُ عمرو على زيد بخمسين درهماً في الأولى، وبمئة درهمٍ في الثانية.

وإن استحقَّ بعضَ البدل أو كلَّه رجعَ المدَّعي على المدَّعى عليه بكلِّ المصالح عنه أو بعضه؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما عوضٌ عن الآخر، فأيُّهما أُخِذَ منه بالاستحقاق رجعَ بما دفع إن كلاً فبالكلِّ، وإن بعضاً فالبعض.

[١]قوله: **وكإجارة...الخ**؛ يعني إنَّ الصلحَ مع إقرارٍ إن وقع عن مالٍ بمنفعة اعتبر ذلك الصلحُ إجارة.

وصورته: إنَّ زيداً مثلاً ادَّعى على بكر شيئاً فاعترفَ به، ثم صالحه على سكنى داره سنة، أو على ركوبِ فرسه المعلوم أو على لبس ثوبه، أو على خدمةِ عبده أو على زراعةِ أرضه مدَّةً معلومة، فيكون هذا الصلحُ في معنى الإجارة؛ لأنَّ العبرةَ للمعاني، والإجارةُ تمليكُ المنفعة، وهذا الصلح كذلك.

[٢]قوله: **فشرط التوقيت فيه**؛ حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت إلى مدّة معلومة جاز وإذا لم تكن المدة معلومة لم يجز.

[٣]قوله: **ويبطل بموت أحدهما**؛ أي أحد المصالحين في مدَّةٍ تعيَّنت، فيرجع المدَّعي في دعواه بقدر ما لم يستوفِ من المنفعة؛ لأنّهما كالمؤجِّر والمستأجر، وكذا يبطلُ ذلك الصلحُ بفوات المنفعةِ قبل الاستيفاء، فيعود إلى الدعوى، ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطلَ بقدر ما بقي فيرجعُ في دعواه بقدره، وهذا كلُّه قول محمد ﷺ، وهو القياس؛ لأنّه إجارة، وهي تبطل بواحدٍ من هذه الأشياء.

والآخران معاوضةٌ في حقِّ المدَّعي، وفداءُ يمين وقطعُ نِزاعٍ في حقِّ الآخر

والآخران): أي الصُّلْح مع سكوت، أو انكار، **(معاوضةٌ في حقِّ المدَّعي**[1]، **وفداءُ يمين**[2] **وقطعُ نِزاعٍ في حقِّ الآخر**

وقال أبو يوسف ﷺ: لا يبطلُ الصلحُ بموت المدَّعى عليه بل المدَّعي يستوفي المنفعةَ على حاله، وإن ماتَ المدَّعي، فكذلك في خدمةِ العبدِ وسكنى الدار، والوارث يقوم مقامه فيهما، ويبطلُ في ركوب الدَّابة؛ لأنَّ الصلحَ لقطع المنازعة، وفي إبطاله بموت أحدِهما إعادة، فيبقى فيما لا يتفاوتُ الناس فيه مطلقاً؛ لأنّه يمكنُ الاستيفاء فيه باستمرار العاقد، وبإقامة وارثه مقامه.

وأمّا في ما يتفاوتون فيه كلبسِ الثيابِ وركوب الدَّابةِ إن ماتَ المدَّعى عليه يبقى لإمكانِ الاستيفاء [بالاستمرار]، وإن مات المدَّعي يبطل لتعذُّرِ الوارث مقامه فيه.

وإن قتلَ العبدُ يبطل الصلح عند محمد ﷺ مطلقاً، كالإجارة، وأمّا عند أبي يوسفَ ﷺ فينظر: فإن قتلَه المدَّعي أو الأجنبيّ يضمن قيمتَه، ويشتري بقيمتِه عبداً فيخدمه، ولكن يثبت له الخيار؛ لاحتمال الاختلافِ بينهما في الخدمة.

فالرضاء بالأوّل لا يكون رضاءً بالثاني، وإن قتلَه المدّعى عليه يبطلُ الصلحُ بالإجماع؛ لأنَّ المولى لا يضمنُ عبدَ نفسه فصار كما إذا ماتَ حتف أنفه، أو أعتقه المولى بخلاف المرهون، حيث يجب على المولى الضمان بالإتلاف والعتق؛ لأنّه فاتَ الاستيفاءُ الحاصلُ بعقد الرهن والقبض. كما صرَّحوا به(١).

[١]قوله: **معاوضة في حقّ المدعي**؛ فإنّه يزعم أنّ ما أخذَه كان عوضاً عمَّا يدَّعيه.

[٢]قوله: **وفداء يمين وقطع نزاع في حقّ الآخر**؛ أي المدّعى عليه؛ لأنه يزعم أنّ المدَّعي مفترٍ ومبطلٍ في دعواه، وإنّما دفعَ المال إليه؛ لئلا يحلف وتنقطع الخصومة، ويجوز أن يكون لشيءٍ واحد حكماً مختلفاً باعتبار شخصين.

كما أن النكاحَ يوجبُ الحلَّ في المتناكحين، ويوجب الحرمة في أصولهما، والإقالة فسخ في حقّ المتعاقدين، وبيع جديد في حقّ ثالث، فيأخذ كلُّ واحدٍ منهما بما يزعم، وهذا في الإنكار ظاهر؛ فإنّه يتبيّن بالإنكار أن ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين،

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ٣٣).

فلا شفعة في صُلْحٍ عن دار مع أحدِهما، وتجبُ في الصلح على دار

فلا شفعة[١] **في صُلْحٍ عن دار مع أحدِهما)**: أي مع السُّكوت، أو الإنكار، **(وتجبُ**[٢] **في الصلح على دار)**: لأنَّه[٣] إذا صولحَ عن دارٍ، ففي زَعْمِ المدَّعى عليه أنه لم يتجددْ له ملك، وزَعْمُ المدَّعي ليس بحجَّةٍ على المدَّعى عليه، فلا تَجِبُ الشفعة، وإذا صُولِحَ على دار، ففي زَعْمِ المُدَّعي أنَّه أخذَها عن حقِّه، فيؤاخَذُ بزعمِه، فتجبُ الشُّفْعة.

وكذا في السكوت؛ لأنَّ حمله على الإقرار أولى؛ لأن فيه تفريغ الذمة وهو الأصل(١).

[١]قوله: **فلا شفعة**...الخ؛ يعني إذا كان الصلحُ مع سكوت أو إنكار معاوضةً فلا تجبُ الشفعة إذا صالحا عن دارٍ مع السكوتِ أو الإنكار، وصورة المسألة: إن زيداً مثلاً ادَّعى على بكرٍ داراً، فأنكرَ أو سكت، ثمَّ صالح عنها بدفع شيءٍ آخر لا تجبُ في دارِه الشفعة؛ لأنّه يدّعي أنها داره وأنّه يستبقيها على ما كانت له، وإنَّ الذي دفعه إلى المدَّعي ليس بعوضٍ عنها وإنّما هو لافتداء اليمينِ وقطع المنازعة(٢).

[٢]قوله: **وتجب**...الخ؛ يعني تجبُ الشفعةُ إذا صالحا على دارٍ مع إنكار أو سكوت، وصورته: إنَّ زيداً مثلاً ادّعى على بكرٍ شيئاً، فصالحه على دارٍ فدفعَها إليه وجبت الشفعةُ في تلك الدار؛ لأنَّ المدَّعي يدَّعي أنّه يأخذ هذه الدار عوضاً عمّا ادّعى، فكان معاوضةً على زعمه، فتجب فيها الشفعة.

فإن كلّ إنسان يؤاخذُ بزعمه، حتى لو ادّعى داراً فأنكرَ فصالحه عنها على دار أخرى وجبت الشفعة في التي صالحَ عليها دون الأخرى لما ذكرنا، وإنكارُ الآخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها، ألا ترى أنَّ رجلاً لو قال: أنا اشتريتُ هذه الدار من فلان، وفلان ينكر، يأخذها الشفيعُ منه بالشفعة؛ لأنّ زعمَه حجَّةٌ في حقِّ نفسه(٣).

[٣]قوله: **لأنّه**...الخ؛ حاصلُ الفرق أنَّ في الصلحِ عن دار زعمَ المدَّعى عليه أن ملكه لم يتجدد، وزعم المدّعي ليس بحجَّةٍ عليه، وفي الصلح على دار زعمَ المدَّعي أنّه أخذ هذه الدار عن حقِّه فيؤاخذ بزعمه.

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٣: ٣٣).

(٢) ينظر: «التبيين»(٣: ٣٣).

(٣) ينظر: «التبيين»(٣: ٣٣ - ٣٤).

وما اسْتُحِقَّ من المدَّعى ردَّ المدَّعي حصَّتَه من العوض، ورجعَ بالخصومةِ فيه، وما استحقَّ من البدلِ من يدِ المدَّعي رجع إلى الدَّعوى في كلِّه، أو بعضِه

(**وما اسْتُحِقَّ**[1] **من المدَّعى ردَّ المدَّعي حصَّتَه من العوض، ورجعَ بالخصومةِ فيه**): أي يخاصمُ المُسْتَحِقُّ فيما استحقَّه، (**وما استحقَّ من البدل**[2] **من يدِ المدَّعي رجع إلى الدَّعوى في كلِّه، أو بعضِه**): أي إن استحقَّ بعض البدلِ من يدِ المدَّعي رَجَعَ إلى دعوى حصَّةِ ما استحقَّ من المصالحِ عنه، وإن استحقَّ كلَّه رَجَعَ إلى دعوى الكلّ، وفي الصُّلحِ مع الإقرارِ إذا استحقَّ البدلَ رَجَعَ إلى المُبْدَل؛ لوجودِ إقرارِ المدَّعى عليه، وفي السُّكوتِ والإنكارِ رَجَعَ إلى دعوى المُبْدَل.

[1]قوله: **وما استحقّ**...الخ؛ يعني ما استحقَّ من المدَّعى كلاً أو بعضاً في صورةِ الصلح مع سكوت أو إنكار، يردُّ المدَّعي على المدعى عليه حصَّتَه من البدل، ويرجعُ المدَّعي بالخصومة مع المستحقّ فيما استحقَّه كلاً كان أو بعضاً.

وصورته: إنَّ رجلاً ادّعى داراً في يد رجل فأنكرَ أو سكت، ثمَّ صالحَ عنها على مئة درهم، فصارت المئة في يد المدَّعي، والدار في يد المدَّعى عليه، ثمَّ استحقَّ كلَّ الدَّار أو بعضه، فالمدَّعي يردُّ المئة إذا استحقَّ كلَّ الدَّار، أو الخمسين إن استحقّ نصفها للمدّعى عليه، ويرجع بالخصومة في الدار إلى المستحقّ؛ لأنّه أخذه على زعمِهِ عوضاً عمّا ادّعى.

فإذا استحقَّ ذلك يرجع عليه المدعى عليه بناءً على زعمه، كأنّه اشتراه منه؛ ولأنَّ المدَّعى عليه لم يدفعِ العوض إلا ليدفعَ خصومةً عن نفسه، وليبقَ المدَّعى في يدِهِ من غير خصومةِ أحد، فإذا استحقَّ لم يحصلْ له المقصود(1).

[2]قوله: **وما استحقَّ من البدل**...الخ؛ أي وما استحقَّ من البدل كلاً أو بعضاً يرجعُ المدَّعي إلى دعواه في قدره، فإن استحقَّ الكلَّ يرجع إلى الكلّ، وإن استحقَّ البعض يرجع إلى البعض؛ لأنّ المدَّعي لم يتركِ الدّعوى إلا ليسلَّم له البدل، فإذا لم يسلَّم له رجعَ بالمبدل وهو الدعوى.

بخلاف ما إذا وقعَ الصلحُ بلفظِ البيع، بأن قال أحدُهما: بعتكُ هذا الشيء بهذا،

---

(1) ينظر: «تبيين الحقائق»(3: 34).

ولو صالحَ على بعضِ دارٍ يدَّعيها لم يصحّ، وحيلتُهُ أن يزيدَ في البدلِ شيئاً، أو يُبْرأَ

(ولو صالحَ[١] على بعضِ دارٍ يدَّعيها لم يصحّ، وحيلتُهُ[٢] أن يزيدَ في البدلِ شيئاً، أو يُبْرأَ[٣]

وقال الآخر: اشتريت، حيث يرجعُ المدَّعي عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدَّعى نفسه لا بالدَّعوى؛ لأنَّ إقدامَ المدّعى عليه على المبايعة إقرارٌ منه بأنَّ المدعى ملك المدَّعي فلا يعتبرُ إنكاره بخلافِ الصلح؛ لأنّه لم يوجدْ منه ما يدلُّ على أنه أقرّ بالملك له، إذ الصلحُ قد يقع لدفعِ الخصومة. ذكره في «التبيين»(١)، وغيره.

[١]قوله: **ولو صالح...الخ**؛ يعني لو ادَّعى رجلٌ على آخرِ داراً فصالحه على قطعةٍ معلومةٍ من تلك الدَّارِ لا يصحُّ هذا الصلح، وهو على دعوى في الباقي؛ لأنَّ البعضَ لا يصلح عوضاً عن الكلّ للزوم أن يكونَ الشئ عوضاً عن نفسه، إذ البعضُ داخلٌ في ضمنِ الكلّ، ولأنَّ ما قبضَه من عينِ حقِّه فيكون على طلبه في باقي الدّار، إذ الإسقاطُ لا يقعُ عن الأعيان؛ لكونه مخصوصاً بالديون.

[٢]قوله: **وحيلته**؛ يعني إنَّ حيلةَ جوازَ هذا الصلحِ أن يزيدَ المدّعى عليه في البدلِ شيئاً، فيصيرُ الزائدُ عوضاً عن الباقي، أو يبرأ عن دعوى الباقي، بأن يقول المدَّعي: أبرأتك أو برأت عن دعوى هذه الدار؛ لأنّ الإبراءَ عن دعوى العين جائز، صرَّح به الشُّمُنِيُّ ﷺ(٢)، وغيره.

وإن كان الإبراءُ عن العينِ غير جائز كما إذا مات أحد، فبرئ واحدٌ من ورثته عن نصيبه من التركة، فلا يصحّ؛ لأنّ هذه براءة العين، واعلم أنّ ما في «المتن» روايةُ ابن سماعة ﷺ، وظاهر الرواية: الصحَّةُ مطلقاً؛ أي ولو من غير هذه الحيلة، فلا تصحّ الدَّعوى بعده، وإن برهنَ ومشى عليه في «الاختيار»(٣)، كما في «الدر المختار» و«حاشيته»(٤) للعلامة الطَّحْطَاويّ ﷺ.

[٣]قوله: **أو يبرأ**؛ -بضم الياء، وفتح الراء-، على صيغة المجهول، والضمير

(١) «تبيين الحقائق»(٥: ٣٤).

(٢) في «كمال الدراية»(ق٦٠٦).

(٣) «الاختيار»(٣: ١٠).

(٤) «حاشية الطحطاوي على الدر»(٣: ٣٥٢).

عن دعوى الباقي

عن دعوى الباقي[1]): أي إنَّما لم يصحّ؛ لأنَّ بعضَ الدَّار لا يصحُّ عوضاً عن الكلّ، فإذا زادَ في البدل شيئاً كدرهم، أو ثوب، يكون ذلك عوضاً عمَّا بقي في يدِ المدَّعى عليه، وإن أَبْرأَهُ المدَّعي عن دعوى الباقي يصحُّ أيضاً؛ لأنَّ هذه براءةٌ عن دعوى الأعيان، وهي صحيحة، وإن لم يكنْ البراءةُ عن الأعيانِ صحيحةً

راجعٌ إلى المدّعى عليه، أو -بضمِّ الياء، وكسر الراء- ، على صيغة المعروف، والضمير راجعٌ إلى المدَّعي؛ أي يُبرِئ المدَّعي المدعى عليه، اعلم أنَّ الإبراءَ إن كان على وجهِ الإنشاء.

فإن كان عن العينِ بطلَ من حيث الدّعوى، فله الدَّعوى بها على المخاطبِ وغيره، ويصحُّ من حيث نفي الضمان، فإن كان عن دعواها، فإن أضافَ الإبراءَ إلى المخاطبِ كابرأتك عن هذه الدار، أو عن خصومتي فيها، أو عن دعواي فيها لا تسمع دعواه على المخاطب فقط.

وإن أضافه إلى نفسه، كقوله: برئت عنها، أو أنا بريء، فلا تسمع مطلقاً، هذا لو على طريق الخصوص: أي عين مخصوصة، فلو على العموم فله الدَّعوى على المخاطب وغيره، كما لو تبارأ الزَّوجان عن جميع الدَّعاوى، وله أعيان قائمةٌ له الدعوى بها؛ لأنّه ينصرفُ إلى الديون لا إلى الأعيان.

أمّا إذا كان على وجهِ الإخبارِ كقوله: هو بريء ممّا لي قبله، فهو صحيح متناولٌ للدين والعين، فلا تسمعَ الدّعوى، وكذا لا تلك لي في هذه العين. ذكره في «المبسوط» و«المحيط».

فعلمَ أنّ قوله: لا استحقّ قبله حقّاً مطلقاً، ولا دعوى يمنعُ الدعوى بالعين والدَّين؛ لما في «المبسوط»: لا حقَّ لي قبله، يشملُ كلّ يمينٍ ودين، فلو ادَّعى حقّاً لم يسمعْ ما لم يشهدوا أنّه بعد البراءة. كذا في «البحر»(1)، وفيه تفصيل إن شئت فارجعْ إليه.

[1]قوله: **عن دعوى الباقي**؛ قال الشاميّ في حاشيته على «الدر المختار»(2): قيّد

(١) «البحر الرائق»(٧: ٢٦٢).

(٢) «رد المحتار»(٤: ٤٧٤).

....

والفرقُ بينهما يَظْهَرُ فيما إذا كان الدَّارُ في يدِ المدَّعى عليه، فيبرأُ المدَّعي عن دعواها يصحّ، وإن لم تكن في يدِّ المدَّعى عليه كما إذا ماتَ واحد، وتركَ ميراثاً، فبرئ واحدٌ عن نصيبِه لا يصح؛ لأنَّه هذه براءةٌ عن الأعيان.

بالإبراءِ عن دعواه؛ لأنّ الإبراء عن عينه غير صحيح. كذا في «المبسوط»، إن ملك بأن يقول: برئت عنها أو عن خصومتي فيها أو عن دعوى هذه الدار، فلا تسمعُ دعواه، ولا بيّنته، وأمّا لو قال: أبرأتك عنها أو عن خصومتي فيها، فإنّه باطل، وله أن يخاصمَ كما لو قال لَمن بيده عبد: برئت منه؛ فإنّه يبرأ، ولو قال: أبرأتك لا لأنّه إنّما أبرأه عن ضمانه. كما في «الأشباه»[1] من «أحكام الدَّين».

قلت: ففرَّقوا بين: أبرأتك، وبرئت، وأنا بريء؛ لإضافةِ البراءةِ لنفسه، فتعمُّ بخلافِ أبرأتك؛ لأنّه خطابُ الواحدِ فله مخاصمة غيره، كما في «حاشيتها» مغريا «للولوالجية» و«شرح الملتقى». انتهى.

(١) «الأشباه والنظائر»(٤ : ٩).

فصل في أقسام الصلح

(وصحَّ الصُّلحُ عن دعوى المالِ[1] والمنفعة)

قيل[2]: صورةُ الصُّلحِ عن دعوى المنفعة: أن يدَّعي على الورثة أنّ الميْتَ كان أوصى بخدمةِ هذا العبد، وأنكرَ الورثة

[1]قوله: **وصحَّ الصلحُ عن دعوى المال**؛ لأنّه في معنى البيع في حقِّهما إن وقعَ عنه بمالٍ عن إقرار، وفي حقِّ المدَّعي وحده إن وقعَ عن إنكارٍ أو سكوت، وفي حقِّ الآخر؛ لافتداءِ اليمين وقطعِ الخصومة، وفي معنى الإجارةِ إن وقع عنه بمنافع، وكلُّ ذلك جائزٌ على ما مرّ.

والمنفعةُ؛ فإنّها تملك بعقدِ الإجارة، فكذا بالصلح، ألا ترى أنَّ الورثةَ لو صالحوا الموصى له بالخدمةِ على مالٍ أو منفعةٍ جاز، فهذا أولى؛ لكونِه معلوماً؛ لأنّ لها مدّة متناهية، لكنَّ الصلحَ عن المنافع على المنفعة إنّما يجوز إذا كانا مختلفي الجنس، بأن يصالحَ عن السكنى على خدمةِ العبد، أو زراعة الأرض، أو لبسِ الثياب.

أمّا إذا اتّحد جنسهما كما إذا صالحَ عن السكنى على السكنى أو عن الزِّراعةِ على الزراعةِ فلا يجوز؛ لأنّه [لا يجوز] استئجار المنفعةِ بجنسها من المنافع، فكذا الصلح، وعند اختلافِ الجنسِ يجوزُ استئجارها بالمنفعة، فكذا الصلح. ذكره العينيُّ[1]، والزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»[2].

[2]قوله: قيل... الخ؛ هكذا ذكرَه في «السراجِ الوهّاج» نقلاً عن «المستصفى»، لكن ذكر في «البحر»[3]: إنَّ الصلحَ عن دعوى المالِ مطلقاً والمنفعةِ جائز، كصلحِ المستأجرِ مع المؤجِّر عند إنكارِه الإجارة أو المدَّة المدّعى بها مقداراً والأجرة، وكذا الورثة إذا صالحوا الموصي له بالخدمة على مالٍ مطلقاً، والمنافعُ إن اختلفَ جنسها، فإنّه يجوز، لا إن اتّحد. انتهى.

---

(1) في «رمز الحقائق»(٢: ١٦٥).

(2) «التبيين»(٥: ٣٤ - ٣٥).

(3) «البحر الرائق»(٧: ٢٥٦ - ٢٥٧).

وإنَّما يحتاجُ إلى ذلك ؛ لأنَّ الروايةَ محفوظةٌ[١](١) : أنَّه لو ادَّعى على استئجار عين، والمالك يُنْكِرُه، ثُمَّ صالحا لا يجوزُ.

(والجنايةِ[٢] في النَّفسِ وما دونها عمداً أو خطأً

[١]قوله: **لأنَّ الرواية محفوظة**...الخ، يعني إنّا تتبعنا جميع الروايات في هذه المسألة وحفظناها ولم نجد فيها تجويز الصلح عن دعوى استئجار العين(٢).

[٢]قوله: **والجناية** ؛ عطف على قوله: دعوى المال ؛ أي وصحَّ الصلحُ عن الجناية في النفس، وما دونها عمداً كان أو خطأً سواء كان عن إقرارٍ أو إنكارٍ أو سكوت، أما العمد في النفس فلقوله تعالى: ﴿ **فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ** ﴾(٣)، قال ابنُ عبَّاس والضحّاك والحسن ﷺ: نزلت الآية في الصلحُ عن دمِ العمد، ذكره العَيْنيُّ(٤)، والزَّيْلَعِيّ(٥)، والشُّمُنِّيُّ(٦) ﷺ وغيرهم.

قال في «مدارك التنزيل»(٧): معنى الآية عند الجمهور: فمَن عفيَ له من جهةِ أخيه شيءٌ من العفو، على أنّ الفعلَ مسندٌ إلى المصدرِ كما في سير بزيد بعض السير، والأخ ولي المقتول، وذكر بلفظِ الأخوةِ بعثاً له على العطف، لما بينهما من الجنسيّة والإسلام، ومَن هو القاتلُ المعفوّ له كما جنى، وترك المفعول الآخر استغناء عنه.

وقيل: أقيم ؛ له ؛ مقام: عنه، والضمير في ؛ له وأخيه لَمن، وفي إليه للأخ أو للمتبعِ الدَّال عليه، فاتباع ؛ لأنّ المعنى فليتّبع الطالبُ القاتلَ بالمعروف، بأن يطالبَه مطالبةً جميلةً وليؤدِّ إليه المطلوب ؛ أي القاتل، بدل الدم أداء بإحسان بأن لا يمطله، ولا يبخسه.

---

(١) يعني إنّا تتبعنا جميع الروايات في هذه المسألة وحفظناها ولم نجد فيها تجويز الصلح عن دعوى استئجار العين. ينظر: «ذخيرة العقبى»(ص٤٨٣).

(٢) ينظر: «ذخيرة العقبى»(ص٤٨٣).

(٣) البقرة: ١٧٨.

(٤) في «رمز الحقائق»(٢: ١٦٥ - ١٦٦).

(٥) في «تبيين الحقائق»(٥: ٣٥).

(٦) في «كمال الدراية»(ق٦٠٦).

(٧) «مدارك التنزيل»(١: ٨٧ - ٨٨).

....

....

وإنّما قيل: شيءٌ من العفو؛ ليعلمَ أنّه إذا عفا عن بعض الدّم أو عفا عنه بعض الورثة تمّ العفو، وسقط القصاص، ومن فسَّرَ عفى بترك جعل شيء مفعولاً به، وكذا من فسّره بأعطى يعنى أنّ الولدَ إذا أعطي له شيءٌ من مال أخيه يعني القاتل، بطريق الصلح، فليأخذه بمعروفٍ من غير تعنيف، وليؤدِّه القاتلُ إليه بلا تسويف. انتهى.

ولأنّه حقٌّ ثابتٌ في المحلّ في حقّ الفعل، فجازَ أخذ العوض عنه، كملك النكاح، وما جازَ أن يكون مهراً جازَ أن يكون بدلَ الصلح، وذلك مثل الأمور المعلومة، والمنافع المعلومة، وما لا يصحُّ مهراً لا يصلح بدلاً عن القود، مثل الخمر والخنزير.

لكن في النكاح يجب مهرُ المثل؛ لأنَّ النكاحَ لم يشرعْ بلا مال، والعفو مشروعٌ بدونه مندوب إليه؛ ولهذا لو لم يسمِّ شيئاً فيهما يجبُ في النكاحِ مهر المثل؛ لأنَّ البضعَ متقوَّمٌ حالة الدخول، ومهرُ المثلِ قيمةٌ له؛ لأنّه هو الموجب الأصلي، وفي العفو عن القَود لا يجب شيء؛ لأنّه لا يتقوَّمُ إلا بالتقويم ولم يوجد؛ وهذا لأنَّ التقويمَ يكون بقيامِ غيرِه مقامه.

والقصاصُ لا يقومُ غيرُه مقامَه؛ إذ لا يماثله غيرُه إلاَّ أنَّ الشرعَ أجازَ عوضَه عند اتّفاقهما، فجاز أخذه، وأما الخطأ في النفس؛ فلأنَّ موجبَه المال، والصلح عن دعواه جائز كما تقدَّم، إلاَّ أنّه تصحُّ الزيادةُ على قدرِ الدية إذا وقعَ الصلحُ على أحد مقاديرِ الدِّيَة للرّبا، كما لا يجوزُ الصلح على أكثر من الدين من جنسه في دعوى الدين.

بخلافِ الصلحِ عن القود، حيث تجوزُ الزيادة فيه على قدر الدِّيَة، وكذا على الأقلّ، وإن كان أقلّ من عشرة دراهم؛ لأنّه لا موجبَ له في المال، وإنّما يجب بالعقد، فيتقدَّر بتقديرهما، بخلاف النكاح حيث لا يجوزُ تسميةُ ما دون العشرة فيه؛ لأنه مقدَّر به شرعاً.

ولو وقعَ الصلحُ على غير مقاديرِ الدِّيَةِ جاز كيفما كان؛ لعدمِ الرِّبا إلا أنّه يشترطُ القبضُ في المجلس إذا كان ما وقعَ عليه الصلحُ ديناً في الذمَّةِ كيلا يكون افتراقاً عن كالئ بكالئ، ولو قضى القاضي بأخذِ مقادير الدِّيَةِ فصالحَ على جنسٍ آخر منها بالزيادة جاز؛ لأنَّ الحقَّ تعيَّنَ فيه بالقضاء، فكان غيرُهُ من مقاديرِ الدِّيَةِ كجنس آخر، فأمكن الحملُ على المعاوضة.

والرِّقّ، ودعوى الزَّوجِ النِّكاح، وكان عتقاً بمال وخلعاً

والرِّقّ[١]**، ودعوى الزَّوجِ النِّكاح**[٢]**، وكان عتقاً بمال وخلعاً)**: أي إن كان الصُّلحُ على مال عن دعوى الرِّقّ كان عتقاً بمال[٣]

بخلافِ الصلحِ عليه ابتداءً؛ لأنّ تراضيهما على بعض المقاديرِ بمنزلةِ قضاء القاضي، فكما لا يجوزُ للقاضي أن يقضيَ بالزيادةِ على الدِّيةِ من جنسه لا يجوزُ لهما أيضاً أن يصطلحا عليها لما يلزمُ من الزنا، وأما ما دون النفس فمعتبرٌ بالنفس، فيلحقُ ما يوجبُ القصاص فيه بالعمد، وما يوجبُ المال فيه بالخطأ فيها(١).

[١]قوله: **والرق**؛ يعني وصحّ الصلحُ أيضاً عن دعوى الرقّ، كما إذا ادَّعى على مجهولِ النسب أنّه عبده، ثمَّ تصالحا على شيءٍ معيَّن جاز هذا الصلح، وكان عتقاً بمال في حقِّ المدّعي.

وفي حقِّ الآخر لدفع الخصومة؛ لأنه أمكنَ تصحيحه بهذا الاعتبار فصحّ ولا ولاء له عليه؛ لإنكار العبدِ إلا أن يقيم المدّعي البيّنة بعد ذلك، فتقبل في حق ثبوت الولاء عليه لا غير هذا إذا أنكر العبد الرقّ، وأمّا اذا صالحه بإقراره فيثبت الولاء.

[٢]قوله: **ودعوى الزوج النكاح**؛ أي وصحَّ الصلحُ عن دعوى الزوج النكاح، وكان خلعاً مطلقاً في زعمهما إن كان بإقرار، فتجب عليها العدّة، وإن لم يكن بإقرارٍ يكون خلعاً في زعمِهِ ودفعاً في زعمِها، ولا تلزمُ العدَّةُ عليها قضاء، فإن أقامَ على التزويج بيّنة بعد الصلح لم تقبل، ويحرمُ أخذُ المال على المدَّعي ديانةً إن كان مبطلاً في دعواه، وهذا عامٌّ في جميع أنواعِ الصلحِ إلا أن يسلّمه بطيبِ نفسه، فيكونُ تمليكاً على طريقِ الهبة. صرَّح به في «العناية»(٢).

ولو صالحها بمال لتقرَّ له بالنكاح جاز، وتجعلُ زيادة في المهر؛ لأنّها تزعمُ أنّها زوّجت نفسها منه ابتداءً بالمسمّى، وهو يزعمُ أنّه زاد في مهرها. ذكره في «مجمع الأنهر»(٣)، وغيره.

[٣]قوله: **كان عتقاً بمال**؛ لأنّه أمكن تصحيحه على هذا الوجه؛ لأنه أقرب العقود إليه شبهاً بالعتق على مال، فيجعل في معناه.

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ٣٥ - ٣٧).

(٢) «العناية»(٧: ٣٨٩).

(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ٣١٢).

ولم يجزْ عن دعواها النِّكاحُ

فإن كان الصُّلحُ مع الإقرارِ كان عتقاً بمالٍ في حقِّهما حتَّى يثبتَ الولاء، وإن لم يكنْ مع الإقرار، فهو عتقٌ بمالٍ في زعم المُدَّعي[١]، لا في زعمِ المدَّعى عليه، بل قطعُ نزاعٍ في زعمِه، فلا يثبتُ الولاءُ إلا أن يقيمَ البيِّنة، فكان الصُّلح خلعاً في دعوى الزَّوج النِّكاح، ففي الإقرارِ يكونُ خلعاً مُطلقاً، وفي الآخرين في زعم الزَّوجِ لا في زعمِها حتَّى لا تَجِبَ عليها العدَّة، وإن تزوَّجَتْ زوجاً آخر جازَ في القضاء، أمَّا فيما بينها وبين الله تعالى، فإن عَلِمَتْ أنَّها كانت زوجةً للأوَّلِ لا يحلُّ لها التَّزوُّجُ في عدَّتِه، وإن علمَتْ أنَّها لم تكنْ حلَّ.

(**ولم يجزْ عن دعواها النِّكاحُ**[٢])

---

[١]قوله: **في زعم المدّعي**؛ ولذا يصحُّ الصلحُ على حيوانٍ في الذمّة، ولو كان مبادلةً لما صحّ، ألا ترى أنّه لا يصحُّ السَّلَمُ في الحيوان، أمَّا الإعتاقُ على حيوانٍ فصحيح، فعلم أنّه بطريقِ الإعتاق على مال.

[٢]قوله: **ولم يجزْ عن دعواها النكاح**؛ يعني إذا ادَّعت امرأةٌ نكاحاً على رجلٍ فصالحها على مالٍ بذله لها لم يجزْ هذا الصلح. هكذا في بعض نسخ «مختصر القدوري»، وهو الصحيح، صرَّح به الزَّاهِدِيُّ؛ ولذلك اختار المصنِّف ﷺ.

ووجهه: إنّه بذلَ لها المال لتترك الدَّعوى، فإنّ جعل ترك الدعوى منها فرقة، فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة، إذ لا يُسَلَّمُ له شيءٌ من هذه الفرقة، وإنّما المرأةُ هي التي تُسَلَّمُ لها نفسُها بتخلُّص عن الزوج.

وإن لم يجعل ذلك الترك فرقة، فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى، وتكون هي على دعواها، فلا يكون ما أخذته عوضاً عن شيء، فلا يجوز؛ لأنّه رشوةٌ محضةٌ من غير دفعِ خصومة، فلم يصحَّ الصلح، ويلزمها ردُّه، فإنَّ النِّكاح ما ثبتَ ضمناً، وهي لم تترك الدّعوى؛ لأنَّ الفرقةَ لم توجد، فكان دعواها في زعمها على حالِها؛ لبقاءِ النِّكاح، فلم يفدِ دفعُ المال فائدة، فلا يجوز.

وفي بعض نسخِ «مختصر القدوري»: يجوز هذا الصلح، وبه قال بعضُهم، ووجهه: أن يجعلَ بدلَ الصلحِ زيادةً في مهرها؛ لأنّه لا وجه لأخذها إلا بهذا الوجه، فكأنّه زادَ في مهرها ثمَّ خالعَها على أصلِ المهرِ دون الزيادة، فسقط الأصلُ دونَ الزِّيادة.

ولا عن دعوى حدٌّ، ولا إذا قتلَ مأذونٌ آخر عمداً، وصالحَ عن نفسِه

ذَكَرَ في «الهداية» أنَّ في بعض نسخ «مختصر القُدُوريّ»: جواز الصُّلْحِ بأن يَجْعَلَ بدلَ الصُّلْحِ زيادةً في المهر[١]، وفي بعض النسخ: عدمَ الجواز(١).

ففي «الوقاية» اختارَ هذا؛ لأنَّ الصُّلْحَ[٢] إن جُعِلَ منه فُرْقة، فالعوضُ لم يُشرعْ إلاَّ من جانبِها، وإن لم يجعلْ، فالبدلُ لا يقعُ في مقابلةِ شيء.

(**ولا عن دعوى حدٍّ**[٣]): لأنَّه حقُّ الله[٤] تعالى، (**ولا إذا قتلَ**[٥] **مأذونٌ آخر عمداً، وصالحَ عن نفسِه**)؛ لأنَّ رقبتَهُ[٦] ليست من تجارتِه، فلا يجوزُ له التَّصرُّف فيها.

[١]قوله: **بدل الصلح زيادة في المهر**؛ فيصير كأنّه زادها في مهرها ثم خالعَها على أصلِ المهر دون الزيادة، فيسقط المهر غير الزيادة.

[٢]قوله: **لأنَّ الصلح**... الخ؛ حاصله: إنّ هذا الصلحَ إمَّا أن يجعلَ فرقةً من الزوجِ أم لا؟ وعلى الأوَّل: فالزوجُ لا يعطي العوض في الفرقة، فإنّه لم يشرعْ إلاَّ من جانبِها، وعلى الثاني: فالحالُ على ما كان قبل الدعوى، وهي باقية على دعواها، فلا يقعُ البدلُ في مقابلةِ شيء، ولا يكون ما أخذته عوضاً عن شيء، فلا يجوز؛ لكونِهِ رشوةً محضةً من غير دفع خصومة.

[٣]قوله: **ولا عن دعوى حدّ**؛ أي لا يجوزُ الصلحُ عن دعوى حدّ، فلو أخذَ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر، وأرادَ أن يرافعَه إلى الحاكمِ فصالح المأخوذُ على مال على أن لا يرافعه إليه، فهذا الصلحُ غيرُ جائز، ويرجعُ المأخوذُ إلى الآخذِ بما دفعَ إليه من المال، وكذا إذا أخذَ قاذفُ المحصنِ أو المحصنة، فصالحَه بدراهمَ على أن يعفوَ عنه، فيبطل هذا الصلح.

[٤]قوله: **لأنّه حقُّ الله** جل جلاله؛ حاصله: إنَّ الحدودَ من حقوقِ الله تعالى لا من حقوقِ المرافع، والاعتياضُ عن حقِّ الغيرِ لا يجوز، ألا ترى أنَّ المطلّقةَ إذا ادَّعت على زوجها نسبَ ولدها فصالح من النسب على شيء، فهذا الصلح باطل؛ لأنَّ النسبَ ثبتَ حقّاً للولد؛ لاحتياجه إليه، لا حقّاً لها، فلا تملكُ الاعتياض لإسقاطه.

[٥]قوله: **ولا إذا**...الخ؛ يعني إذا قتلَ عبدٌ مأذونٌ رجلاً عمداً وصالحَ عن نفسه لا يجوز هذا الصلح.

[٦]قوله: **لأنَّ رقبته**...الخ؛ تقريره: إنَّ العبدَ المأذونَ لا يجوزُ له أن يتصرَّفَ إلاَّ فيما

(١) انتهى من «الهداية» (٣: ١٩٥) بتصرف.

وصحَّ صلحُهُ عن نفسِ عبدٍ له قتلَ رجلاً عمداً، والصُّلحُ

(وصحَّ صلحُهُ عن نفسِ عبدٍ له قتلَ رجلاً عمداً)؛ لأنَّ عبدَهُ من كسبِهِ[1] فيصحُّ تصرُّفُه فيه واستخلاصُه.

(والصُّلحُ[2]

هو من باب التجارة، وتصرُّفُه في نفسه ليس من بابه، فلا ينفذ في حقّ المولى إذا كان بعوض؛ لأنّه تصرَّفٌ في مال الغيرِ بغير إذنه، وهو المولى.

ألا ترى أنّه لا يجوزُ للمأذون أن يبيعَ نفسَه ويصحُّ بينه وبين المولى، حتى لا يجوزَ له قتلَه بعد العفو؛ لأنّه مكلَّف، فيصحُّ تصرُّفُه في حقّ نفسه، ولا يجب عليه البدل للمال؛ لأنّه وما في يده مال المولى، ويتأخَّر إلى ما بعد العتقِ بخلافِ المكاتَب، حيث يجوز أن يصالحَ عن نفسه؛ لأنّه كالحرّ لخروجه عن يد المولى.

[1]قوله: **لأنَّ عبده من كسبه**...الخ؛ يعني لأنَّ هذا العبدَ من كسب ذلك المأذون، وتصرُّفُه فيه من باب التجارة، فيملكُ التصرُّفَ معاً واستخلاصاً.

[2]قوله: والصلح...الخ؛ توضيحُ المسألة: إنَّ الغاصبَ إذا صالحَ عن مغصوبٍ تلف بأكثر من قيمته جاز عند الإمام الأعظم ﷺ، وقال صاحباه: يبطلُ الفضلُ من قيمتِهِ إن كان ممّا لا يتغابنُ النّاسُ فيه، وإن صالحا عنه بعرضٍ صحَّ مطلقاً سواء كانت قيمتُه أكثر من قيمةِ المغصوب أو لا، وهذا متَّفقٌ عليه.

قال في «الفتاوى الهندية»(1): غصبَ ثوباً قيمتُهُ مئة فأتلفه، فصالحَه على أزيدَ من مئة جاز، وقالا: يبطلُ الفضلُ على قيمته بما لا يتغابن فيه، والصحيح مذهب أبي حنيفةَ ﷺ. كذا في «خزانة الفتاوى».

إذا كان المغصوبُ عبداً فأبق منه أو هَلَكَ في يدِهِ فصالحَه على أكثرَ من قيمتِهِ جاز عند أبي حنيفةَ ﷺ، وقال أبو يوسفَ ومحمَّد ﷺ: يبطلُ الفضلُ على قيمتِهِ بما لا يتغابنُ النَّاسُ فيه، ومن أصحابنا مَن قال: الخلافُ فيما إذا أبقَ العبد، وأمّا إذا كان مستهلكاً فصالحَ على أكثر من قيمته لا يجوز عندهم، والأصحُّ أنَّ الخلافَ فيهما جميعا. كذا ذكرَ فخرُ الدين قاضي خان في «شرح الجامع الصغير».

---

(1) «الفتاوى الهندية»(٤: ٢٤٢ - ٢٤٣).

عن مغصوبٍ تَلِفَ بأكثرَ من قيمتِه، أو عرض

عن مغصوبٍ[١] تَلِفَ بأكثرَ من قيمتِه، أو عرضٍ، هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما: لا يصحُّ بأكثر من قيمتِه إلا أن يكون زيادةً يتغابنُ النَّاسُ فيها؛ لأنَّ حقَّهُ في القيمة[٢]، فالزَّائدُ ربا.

وعلى هذا الخلاف إذا غصبَ عبداً فهلك في يده فصالحَه على مال، ثمّ أقامَ الغاصب البيِّنةَ على أنّ قيمته أقلَّ ممّا صالحَ عليه لم تقبلْ بيّنتُه في قول أبي حنيفةَ ﷺ، وقال أبو يوسفَ ومحمّد ﷺ: تقبلُ بيِّنتُه وتُردُّ زيادة القيمة على الغاصب. هكذا في «غاية البيان شرح الهداية».

أجمعوا على أنّه لو صالحَه على عرضٍ جاز سواء كان كثير القيمة أو قليل القيمة، وأجمعوا على أنّه لو قضى القاضي عليه بالقيمةِ ثمَّ صالحَه على أكثرَ من قيمته لا يجوز. كذا في «الخلاصة». انتهى فاحفظه.

[١]قوله: **عن مغصوب**؛ قيد بكون المصالح عنه مغصوباً؛ لأنّه هو المحتاج إلى الصلح غالباً، والمرادُ قيميّ معلوم القيمة، أمّا كونه قيميّاً؛ فلأنَّ الصلحَ عن كُرِّ حنطة مثلاً على دراهم أو دنانير جائزٌ بالإجماع سواء كانتا أكثر من قيمته أم لا، لكنَّ القبض شرط، وإن كانتا بأعيانهما؛ لئلا يلزمَ الكالئ بالكالئ.

وأمّا كونه معلوم القيمة؛ ليظهرَ الغبنُ الفاحشُ المانعُ من لزومِ الزيادة عندهما، وقيّد بالتلف؛ لأنَّ المغصوبَ إذا كان قائماً جازَ الصلحُ على أكثر من قيمتِهِ بالإجماع. صرَّحَ به في «العناية»(١)، وغيرها.

وقيّد بأكثرَ من قيمتِهِ ليحترزَ به عن الصلحِ بمثل قيمته، وبما نقص، فإنّه يجوز فيهما اتّفاقاً، صرَّح به قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»، واعلم أنّه لا بدَّ من تقييد بما قبل القضاء، فإنّه لو قضى القاضي عليه بالقيمةِ ثمَّ صالحه على أكثرَ من قيمتِهِ لا يجوزُ اتّفاقاً. كما ذكرناه نقلاً عن «الفتاوى الهندية»(٢).

[٢]قوله: **لأنّ حقه في القيمة...**الخ؛ تقريره: إنّ ما وقعَ عليه الصلح كان بمقابلةِ ما وجبَ في الذمّة، وهي القيمة، فإنَّ العينَ ليست من ذوات الأمثال، فلا يمكن وجوبُها في الذمّة، بخلاف القيمة فإنّ وجوبَها يمكن في الذمّة، فتكون هي واجبة، وهي مقدّرة، والزيادةٌ عليها تكون رباً.

---

(١) «العناية»(٧: ٣٩٠).

(٢) «الفتاوى الهندية»(٤: ٢٤٢ - ٢٤٣).

وفي موسرٍ أعتقَ نصفاً له، وصالحَ عن باقيه بأكثرَ من نصفِ قيمتِهِ بطلَ الفضل

وله: أنَّ حقَّه[١] في الهالكِ باق، فاعتياضُهُ بأكثر لا يكونُ ربا، فإن الزَّائد على المالية في مقابلة الصورة.

(**وفي موسر**[٢] **أعتقَ نصفاً له، وصالحَ عن باقيه بأكثرَ من نصفِ قيمتِهِ بطلَ الفضل**) هذا بالاتّفاق

بخلاف ما إذا صالحَ على عرضٍ قيمتُه زائدةٌ على قيمةِ المغصوبِ المستهلك، فإنَّ الزيادةَ لا تظهرُ عند اختلافِ الجنس، فلا تكون ربا، وبخلاف ما يتغابنُ النَّاسُ فيه؛ لأنّه يدخل تحت تقويم المقوّمين فلا يظهر الزيادة.

[١]قوله: **وله أنّ حقه**...الخ؛ تحريره: إنَّ حقَّ المالكِ في الهالكِ باق، ألا ترى أنّه لو اختارَ تركَ التضمين بقيَ العين في ملكه، ولو كان المغصوبُ الهالكُ عبداً يكون الكفنُ عليه، ولو كان آبقا فعاد من إباقته كان مملوكاً له، فإذا كان كذلك يكون الضمانُ عوضاً عن العين ولا ربا فيه، كما في حالِ قيامِ العين، فاعتياضه بأكثر لا يكون ربا، فإنَّ الزائدَ على القيمة في مقابلةِ الصورة.

ووجهه: إنَّ الضمانَ بدل عن العينِ المستهلكة، فيجوز بالغاً ما بلغ، كما إذا كانت العينُ قائمةً حقيقة، والسرُّ فيه: إنَّ الواجبَ في ذمَّتهِ المثل من كلّ وجه، أعني المثل صورةً ومعنى؛ ولهذا يجبُ عليه ذلك في المقدّرات، فكذا في العين، فإنّ وجوبها في الذمّة ممكن.

ألا ترى أنّ الحيوانَ وغيره من غير المقدّراتِ يجبُ في الذمّة في النكاحِ والكتابةِ والخلعِ والدِّيَة، وفي كلّ ما هو معاوضةُ مال بغير مال، فكذا في المغصوب، إذ لا تعذّر في نفس الوجوب إلا أنّ عند الآخذِ يصارُ إلى القيمةِ ضرورةً أنّ أخذَ المثلِ صورةً ومعنىً غيرُ ممكن؛ لأنَّ الآخذَ والدَّافعَ لا يعرفانَ حقيقة ذلك؛ لكون التفاوتِ فيه فاحشاً، ولا ضرورةَ في حقِّ الوجوب؛ لأنَّ الموجبَ هو الله تعالى، وهو عالم به.

فكان الواجبُ مثلُه، فإذا أخذَ عوضَه أكثر من قيمتِهِ لا يكون ربا؛ لأنّه ليس من أموال الرِّبا، كما في حال قيام العين، فالحاصلُ أنّ حقَّ المالك في الهالكِ باق، وإنّما ينتقلُ إلى القيمةِ بالقضاء، فإذا تراضيا على الأكثرِ كان اعتياضاً فلا يكون ربا[١].

[٢]قوله: **وفي موسر**...الخ؛ يعني إذا كان العبدُ بين رجلين أحدُهما موسرٌ والآخر

---

(١) ينظر: «تبيين»(٥: ٣٩).

ولو صالحَ بعَرَضٍ صَحَّ

أمَّا عندهما[١] فظاهر، وأمَّا عنده[٢]؛ فلأن القيمةَ منصوصٌ عليها هاهنا فلا يجوزُ الزِّيادةُ عليها، وثمَّة غيرُ منصوص عليها، (ولو صالحَ[٣] بعَرَضٍ صَحَّ): وإن كان قيمتُهُ أكثرَ من قيمةِ نصفِ العبد.

معسر، أو أعتقَه الموسرُ فصالحَه المعسرُ على أكثرِ من نصف قيمتِه، فالفضلُ يكون باطلاً، قيَّدَ بالموسرِ إذ لو كان المعتقُ معسراً لا تلزم عليه قيمةُ نصيبِ شريكه، بل تلزمُ على العبد حالية. كما صرّحوا به.

[١]قوله: أمّا عندهما...الخ؛ يعني أمّا عند الصاحبين، فبطلان ذلك الفضل ظاهر؛ فإنّه يبطلُ الفضلُ بالغبن الفاحش؛ لكونه ربا.

[٢]قوله: وأمّا عنده...الخ؛ يعني وأمّا عند الإمام ﷺ فوجه بطلانِ ذلك الفضل أنّ قيمةَ العتقِ منصوصٌ عليها؛ لقوله ﷺ: «مَن أعتق شقصاً من عبد مشترك بينه وبين شريكه، قوّم عليه نصيب شريكه»(١)، وتقريرُ الشرعِ ليس أدنى من تقريرِ القاضي، فلا يجوزُ الزيادةُ عليه بخلاف المسألةِ المتقدّمة، فإنَّ القيمةَ ثمة غيرُ منصوص عليها، فلم يعتبرْ فيه دلالةُ التقدير.

[٣]قوله: ولو صالح...الخ؛ يعني ولو صالحَ المعسر الموسرَ بعرضٍ صحّ، وإن كان قيمةُ ذلك العرض أكثرَ من نصفِ العبد المعتق لما تقدَّم من أنَّ الفضلَ لا يظهرُ عند اختلاف الجنس.

(١) في «صحيح البخاري»(٢: ٨٨٢)، وغيره.

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

وبدلُ صُلْحٍ عن دمِ عمد، أو على بعضِ دينٍ يدَّعيه يلزمُ الموكّلُ لا وكيله

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(وبدلُ صُلْحٍ[1] عن دمِ عمد[2]، أو على بعضِ دينٍ يدَّعيه[3] يلزمُ الموكّلُ[4] لا وكيله)؛ لأنَّ الصُّلْحَ في هاتين الصُّورتين[5] ليس بمَنْزلةِ البيع

[1]قوله: وبدل صلح...الخ؛ صورةُ المسألة: إن زيداً مثلاً صالحَ بكراً بالصلحِ عن دمِ عمداً أو على بعض دينٍ يدَّعيه من المكيلات والموزونات لزم بدلُ ذلك الصلح على الموكّل دون الوكيل؛ لأنّه إسقاطٌ محض، فكان الوكيل سفيراً محضاً، فلا ضمانَ عليه، كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمنَ الوكيلُ بدلَ الصلح؛ فإنّه حينئذٍ يكون مؤاخذاً بالضَّمانِ لا بالصلح.

كما لو وقعَ الصلحُ من الوكيل عن مال بمال عن إقرار، فإنّ الوكيلَ يلزمُهُ ما صالحَ عليه، ثمَّ يرجع به على الموكّل؛ لأنَّ الوكيل أصيلٌ في المعاوضةِ الماليّة، فترجعُ الحقوقُ إليه دون الموكّل، فيطالب هو بالعوضِ دون الموكّل، أمّا إذا كان عن إنكارٍ لا يجبُ البدل على الوكيلِ مطلقاً. كما في «البحر»(1)، وغيره.

[2]قوله: عن دم عمد؛ هذا بطريق التمثيلِ لا بطريق التخصيص بجريانه في غير ذلك: كالصلحِ عن جناية العمد فيما دون النفس، والصلحِ عن كلّ عقدٍ يكون الوكيل فيه سفيراً محضاً، كالنِّكاحِ والخلع وغيرهما. كما صرّحوا به.

[3]قوله: يدَّعيه؛ الأولى أن يقال: يدعيه عليه آخر؛ لما علمتَ أنَّ التوكيلَ من طرفِ المدعى عليه.

[4]قوله: يلزم الموكّل؛ قال شيخنا العلامةُ الطَّحْطَاويُّ في «حاشيته على الدر المختار»(2): هذا ظاهرٌ فيما إذا كان الوكيلُ من طرفِ الجاني، ولا يظهر إذا كان من طرفِ الولي؛ لأنّه آخذ، فكيف يقال: يلزمه، وكذا لا يظهر في جانب الدين إذا كان الموكّل هو المدّعي؛ لأنَّ الموكّل يدَّعِ فكيف يلزمه. انتهى.

[5]قوله: في هاتين الصورتين؛ أي في الصلحِ عن دمِ عمد، والصلح على بعض دين يدّعيه.

---

(1) «البحر الرائق»(7: 259).

(2) «حاشية الطحطاوي»(3: 354).

إلا أن يضْمَنَه، وفيما هو كبيعٍ لزم وكيله، وإن صالحَ فضوليٌّ، وضَمِنَ البدل، أو أضافَ إلى ماله، أو أشارَ إلى نقد أو عَرَضٍ بلا نسبةٍ إلى نفسِه، أو أطلقَ ونقدَ صحّ

أمّا في الأوّل فظاهر[١]، وأمّا في الثّاني؛ فلأنّه أخذَ البعض، وحَطَّ الباقي، فيرجعُ[٢] الحقوقُ إلى المُوكّل(١) **(إلا أن يضْمَنَه)**: أي الوكيل، فحينئذٍ يكونُ البدلُ عليه لأجلِ الكفالة.

(وفيما هو كبيعٍ لزم وكيله): أي فيما يكون الصلحُ عن مالٍ على مال من غير جنس المصالح عنه، ويكون مع الإقرار[٣].

(وإن صالحَ[٤] فضوليٌّ، وضَمِنَ البدل، أو أضافَ إلى ماله، أو أشارَ إلى نقد أو عَرَضٍ بلا نسبةٍ إلى نفسِه، أو أطلقَ ونقدَ صحّ

[١]قوله: **أمّا في الأوّل فظاهر**؛ يعني أمّا في الصلح عن دم عمد فظاهرٌ أنّه ليس بمنْزلةِ البيع؛ لأنّه ليس هنا مبادلة مال بمال، بل إسقاط محض.

[٢]قوله: **فيرجع الحقوق إلى الموكّل**؛ فإنّه إسقاطٌ محض، فكان الوكيلُ فيه سفيراً محضاً، فلا ضمانَ عليه كالوكيل بالنكاح.

[٣]قوله: **ويكون مع الإقرار**؛ وأمّا إذا كان الصلحُ مع الإنكارِ فلا يجبُ بدلَ الصُّلحِ على الوكيل في شيء.

[٤]قوله: **وإن صالح**؛ هذه المسألةُ على أربعةِ أوجه؛ لأنّه لا يخلو: إمّا أن يكون الفضوليُّ ضامناً لبدلِ الصلحِ أو لا، فإن لم يكنْ ضامناً له فلا يخلو: إما أن يضيفَ الذي وقعَ عليه الصلحُ إلى نفسه أو لا.

وإن لم يضفْه إلى نفسه فلا يخلو: إما أن يسلّم العوضَ أو لا، فالصلحُ جائزٌ في الوجوهِ كلّها إلا في الوجه الأخير، وهو ما إذا لم يضمنْ البدلَ ولم يضفْه إلى نفسه، ولم يسلّمه إلى المدّعي، وهذا التربيع اختاره في كثيرٍ من المتون، والمصنّف ﷺ خمّسَه بأن جعلَ غير المضاف إلى نفسه على شقّين:

الأوّل: ما إذا أطلقَ ونقد.

---

(١) لأنه هذا الصلح إسقاط محض، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبّراً، فلا يكون البدل عليه كالوكيل بالنكاح. ينظر: «فتح باب العناية»(٣: ١٩٠).

وإن لم ينقدْ إن أجازَهُ المدَّعي عليه لَزِمَهُ البدلُ وإلا رُدّ

وإن لم ينقدْ[١] **إن أجازَهُ المدَّعى عليه لَزِمَهُ البدلُ وإلا رُدّ)**: أي صالحَ الفضوليُّ عن جانبِ المدَّعى عليه مع المدَّعي، وضَمِنَ بدلَ الصُّلْح، أو قال: صالحْتُك على ألف درهم من مالي، أو ألفي هذا، أو على عبدي هذا، أو قال: صالحْتُك على هذا الألف، أو على هذا العبد من غير أن ينسبَهما إلى نفسِهِ أو أطلقه، وقال: صالحْتُك على ألفِ درهمٍ ونقدَه، ففي هذه الصُّور صحَّ الصُلح[٢]

والثاني: ما إذا أطلق ولم ينقد، فالصلح جائزٌ نافذٌ في الصورِ الأربعة، وموقوفٌ في الصورة الخامسة، فإن أجازه المدَّعى عليه جازَ الصلح، ويلزمه المصالح عليه، وإلا بطل الصلح.

[١]قوله: **وإن لم ينقد**؛ أي وإن لم يُسَلِّم المصالَح عليه إلى المدَّعي ولم يضمنه ولم يضفْه إلى نفسه، فالصلح موقوف إن أجازَه المدَّعى عليه جاز، ولزمه المصالَحُ عليه، وإن لم يجزْه بطل.

[٢]قوله: **صحّ الصلح**؛ أمّا إذا ضمنَ بدلَ الصلح؛ فلأنَّ الحاصلَ للمدَّعى عليه ليس إلاّ البراءة، وفي مثل ذلك يستوي المدّعى عليه والأجنبيّ؛ لأنّه لا يُسَلِّم إلى المدَّعى عليه شيء، كما لا يُسَلِّمُ إلى الأجنبيّ، ومع ذلك جاز اشتراطُ بدلِ الصلحِ على نفسه، فكذا للأجنبيّ.

والمقصودُ من هذا الصلح رضاءُ صاحب الحقّ لا رضا المدّعى عليه، إذ لا حظّ له فيه، والمدَّعي ينفردُ بالصلحِ فيما لا معاوضةَ فيه، غير أنّه لم يرضَ بسقوطِ حقّه مجاناً، فإذا سُلِمَ له العوضُ من جهةِ المتبرّعِ صحّ، بخلاف ما إذا كان الصلحُ بأمرِ المدّعى عليه، فإنّه لا يصيرُ مُتَبرِّعاً بل يرجع.

وأمّا إذا أضافَه إلى ماله؛ فلأنّ الإضافةَ إلى نفسِهِ إلتزامٌ منه للتسليمِ إلى المدَّعي، وهو قادرٌ على ذلك، فيجب عليه تسليمه، فيصحُّ لتمام رضاه به، وأمّا إذا أشارَ إلى نقدٍ أو عرضٍ بلا نسيئةٍ إلى نفسه؛ فلأنَّ المعرَّفَ المشارَ إليه كالمضافِ إلى نفسه؛ لأنّه تعيَّن للتسليم إليه بشرطه، فيتمُّ به الصلح.

وأمّا إذا أطلقَ ونقدَ فلأنَّ التسليمَ إلى المدّعي يوجبُ سلامةَ العوضِ له، فيتمُّ عقدُ

....

وإن لم ينقدِ الألفَ إن أجازَ[1] المدَّعى عليه لَزِمَهُ وإلاَّ فلا.

الصلح؛ لحصول مقصوده، وهو سلامةُ العوضِ للمدّعي(١).

[1]قوله: إن أجاز...الخ؛ لأنَّ الأصلَ في العقدِ إنّما هو المدعى عليه؛ لأنَّ دفعَ الخصومةِ حاصلٌ له إلا أنَّ الفضوليَّ يصيرُ أصيلاً بواسطةِ إضافة الضمان إلى نفسه.

ألا ترى أنه يجبر على الأداء كما يجبر الأصيل عليه، فإذا لم يضفه إلى نفسه بقي عاقداً من جهة المطلوب، فيتوقّف على إجازته، فإن أجاز المدّعى عليه جاز، أو لزمه المصالح عليه؛ لالتزامه باختياره، وإن ردّه بطل الصلح، لأنّ المصالح لا ولاية له على المطلوب، فلا ينفذ عليه تصرّفه.

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ٤٠ - ٤١).

باب الصلح في الدين

وصلحُه على بعضِ جنسِ ما له عليه أخذٌ لبعضِ حقّه، وحَطٌّ لباقيه لا معاوضة، فصحَّ عن ألفٍ حالٍّ على مئةٍ حالّة، أو على ألفٍ مؤجّل، أو عن ألفٍ جيادٍ على مئةٍ زيوف، ولم يصحَّ عن دراهمَ على دنانيرَ مؤجّلة

باب الصلح في الدين

(**وصلحُه**[1] **على بعضِ جنسِ ما له عليه أخذٌ لبعضِ حقّه، وحَطٌّ لباقيه لا معاوضة**)؛ لأنَّ بعضَ الشَّيء لا يصلحُ عوضاً للكلّ، (**فصحَّ عن ألفٍ حالٍّ على مئةٍ حالّة، أو على ألفٍ مؤجّل**)، ففي الأَوَّل يكونُ إسقاطاً لما فوقَ المئة، وفي الثَّاني يكونُ إسقاطاً لوصف الحلول[2]، (**أو عن ألفٍ جيادٍ على مئةٍ زيوف**)؛ لأنّه يكونُ إسقاطاً لما فوق المِئةِ إسقاطاً لوصفِ الجودة في المئة، ففي هذه الصُّور يصحُّ الصُّلح، ولا يشترطُ قبضُ بدلِ الصُّلح.

(**ولم يصحَّ عن دراهمَ على دنانيرَ مؤجّلة**)

---

[1]قوله: **وصلحه...الخ**؛ هذا شروع في الصلح في الدين، وهو ما ثبت في الذمّة، وأخّره عن الصلح من عموم الدعوى؛ لأنّ الخصوص أبداً يكون بعد العموم.

وصورة هذه المسألة: إنّه إذا كان بدلُ الصلح من جنسِ ما يستحقّه المدّعي على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما، فالصلح أخذٌ لبعض حقّه وحطٌّ لباقية، فلا يحمل على المعاوضة؛ لأنّ تصرُّفَ العاقل يجب تصحيحه بقدر الإمكان، ولا يمكن تصحيحه معاوضة؛ لإفضائه إلى الربا، فجعل إسقاطٌ للبعض حملاً لأمور المسلمين على الصحّة ما أمكن.

وظاهر حاله يدلّ على ذلك؛ لأنه يطلب الصحة دون الفساد، إذ عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب محظور، وإنّما قال: على بعض جنس ما له عليه؛ لأنه إذا لم يكن من جنس ما له عليه يكون معاوضة، وفي قوله: حطٌّ لباقيه؛ إشارة إلى أنه لا يجوز الصلح على أكثر من جنس حقّه؛ لأنه يكون رباً(1).

[2]قوله: **يكون إسقاطاً لوصف الحلول**؛ وصار كأنه أجّل نفس الحقّ، إذ لا يمكن جعله معاوضة؛ لأنّ بيعَ الدراهم والدنانير بمثلها نسيئة لا يجوز.

---

(1) ينظر: «تبيين الحقائق»(5: 41).

أو عن ألف مؤجَّلٍ على نصفه حالاً ، أو عن ألف سودٍ على نصفِهِ بيضاء

لأنَّ هـذا الصُّلحَ[١] معاوضـةٌ فيكونُ صرفاً ، فيشترطُ قبضُ الدَّنانير قبل الافتراق(١) ، (أو عن ألف مؤجَّلٍ على نصفه حالاً) ؛ لأنَّ وصفَ الحلولِ[٢] في مقابلةِ خمسمئة ، وذلك الوصفُ ليس بمال ، (أو عن ألف سوداء[٣] على نصفِهِ بيضاء)

[١]قوله : **لأنّ هذا الصلح**...الخ ؛ تقريره : إنّ الدنانيرَ غيرُ مستحقّة بعقد المداينة ؛ لأنّ مَن له الدراهم لا يستحقُّ الدنانير ، فكان معاوضة ، وهو صرفٌ فلا يجوزُ تأجيلُه ، ويمنعُ حملُ الأجلِ على تأخيرِ الحقّ ، فإنّ حقَّ الطالبِ كان في الدراهمِ لا في الدنانير.

[٢]قوله : **لأنّ وصف الحلول**...الخ ؛ تحريرُه : إنّ المعجَّلَ غيرُ مستحقٌّ بعقدِ المداينة ، إذ المستحقّ بعقد المداينة هو المؤجّل ، والمعجَّل خيرٌ من المؤجَّل ، فقد وقع الصلحُ على ما لم يكن مستحقّاً بعقد المداينة ، فصار معاوضة ، والأجلُ كان حقَّ المديون.

وقد تركه بإزاءِ ما حطّ عنه من الدين ، فكان اعتياضاً عن الأجل ، وهو حرام ؛ لأنَّ الأجلَ صفةٌ كالجودة ، والاعتياض عن الجودةِ لا يجوز ، فكذا عن الأجل ، ألا ترى أنَّ ربا النسيئة حرام ، وليس فيه إلا مقابلة المال بالأجل شبهة ؛ فلأن تحرم حقيقته أولى.

والأصلُ فيه : إنّ الإحسانَ متى وجدَ من الطّرفينِ يكون محمولاً على المعاوضةِ كهذه المسألة ؛ فإنَّ الدَّائنَ أسقطَ من حقّه خمسمئة ، والمديونُ أسقطَ من حقِّه وهو الأجل من خمسمئة الباقية ، فيكون معاوضة.

بخلاف ما تقدَّمَ من الصلحِ عن ألفٍ على خمسمئة ؛ فإنّه يكون محمولاً على إسقاطِ بعض الحقِّ دون المعاوضة ، فإنّ الإحسانَ لم يوجد إلاّ من طرفِ ربّ الدَّين فقط.

[٣]قوله : **أو عن ألفٍ سوداء**...الخ ؛ يعني وإن كان له ألف سوداء فصالحه على خمسمئة بيضاء لا يجوزُ هذا الصلح ، والمرادُ بالدراهم السوداء ما كانت الفضَّةُ فيها أكثر من الغشّ. صرَّح به في «جامع المضمرات» ، وغيره.

---

(١) أي لا وجه لصحة ذلك سوى المعاوضة ، وبيع الدراهم بالدنانير نساءً لا يجوز ، لا يمكن حمله على التأخير؛ لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة. ينظر : «فتح باب العناية»(٣ : ١٩١).

ومَن أمرَ بأداء نصفِ دينٍ عليه غداً على أنّه بريءٌ ممّا زادَ إن قَبِلَ ووفّى برئ، وإن لم يفِ عاد دينه

لأنّه يكونُ[١] معاوضةَ ألفٍ سودٍ بخمسمئة، وزيادة وصف وهو البياضُ فلا يجوز

(**ومَن أمرَ**[٢] **بأداء نصفِ دينٍ عليه غداً**[٣] **على أنّه بريءٌ ممّا زادَ إن قَبِلَ ووفّى برئ، وإن لم يفِ عاد دينه**): أي إن قالَ: أدِّ إليَّ خمسمئة غداً على أنّك بريءٌ من الباقي فقبل، وأدّى برئَ، فإن لم يؤدِّ خمسمئةٍ في الغدِ عادَ دينُه، وهذا عند أبي حنيفةَ ﷺ ومحمّد ﷺ، وعند أبي يوسفَ ﷺ لا يعودُ دينُه

[١]قوله: **لأنّه يكون**...الخ؛ توضيحه: أنَّ الدراهمَ البيضاءَ غيرُ مستحقّة بعقدِ المداينة؛ لأنّ مَن له الدَّراهمُ السوداءُ لا يستحقُّ الدراهمَ البيضاء، فقد صالحَ على ما لا يستحقُّ بعقدِ المداينة، فكان معاوضةُ الألف بخمسمئة، وزيادة وصف الجودة فكان ربا.

والأصلُ فيه: إنّه متى كان الذي وقعَ عليه الصلح أدونُ من حقّه قدراً ووصفاً ووقتاً، أو في أحدها فهو إسقاطٌ للبعضِ واستيفاءٌ للباقي، وإن كان أزيدَ منه بمعنى أنّه دخلَ فيه ما لا يستحقُّهُ من وصف، أو ما هو بمعنى الوصف، كتعجيل المؤجَّل أو عن اختلاف جنس فهو معاوضة. كما في «المنح»(١)، وغيره.

[٢]قوله: **ومن أمر**...الخ؛ صورة المسألة: إنَّ لزيد مثلاً على عمرو ألف درهم، فقال زيدٌ لعمرو: أدِّ إليَّ غداً منها خمسمئة درهمٍ على أنّك بريءٌ من الفضل، فقبلَه عمروٌ أدّى فبرئ زيدٌ من الفضل بالاتّفاق؛ لأنَّ الإبراءَ يحتمل التقييدَ بالشرط، وإن لم يحتمل التعليقَ به.

وكلمةُ: على؛ جعلت شرطاً تصحيحاً لتصرُّفه، وإن كانت تستعملُ للمعاوضة. صرَّح به العَيْنِيُّ(٢)، وغيره، وإن لم يؤدِّ إليه الخمسمئة غداً، عاد عليه الألف ولم يبرأ، وهذا قول أبي حنيفةَ ومحمّد ﷺ، وأمّا عند أبي يوسفَ ﷺ فلا يعودُ عليه الألف.

[٣]قوله: غداً؛ إنّما قيَّدَ بقوله: غداً؛ لأنّه لو لم يذكره، وقال: أدِّ إليَّ خمسمئة على أنّك بريءٌ من الفضل، فإنّه يصحُّ الإبراء، ولا يعودُ الدّين؛ لأنّه إبراءٌ مطلقٌ كما سيأتي.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ١٩٧).

(٢) في «رمز الحقائق»(٢: ١٦٨).

لأنَّ البراءةَ[1] مطلقة؛ لأنَّ كلمةَ: على؛ للعوض، وأداءُ النِّصفُ لا يصلحُ عوضاً للبراءة، فبقي البراءةُ مطلقة.

ولهما[2]: أن

[1]قوله: لأنَّ البراءة...الخ؛ هذا استدلالٌ على ما ذهب إليه أبو يوسف ﵀، وتقريرُه: إنَّ اشتراطَ الأداءِ ضائعٌ بوجوبِ النقدِ عليه في كلِّ زمان يطالبه فيه، إذ المالُ عليه حال، فبطلَ التعليق، وصار إبراءً مطلقاً، فتثبتُ البراءةُ مطلقةً أعطى أو لم يعطِ، والسرُّ فيه: إنّه جعلَ أداءَ الخمسمئة عوضاً؛ لأنّ كلمةَ: على؛ للمعاوضة، والأداءُ لا يصلح عوضاً؛ لأنّه واجبٌ عليه قبل الصلح، وهو لم يذكر للإبراءَ عوضاً سواه، والعوضُ هو المستفادُ بالعقد، ولم يستفد شيئاً، فصار وجوده كعدمِه، فبقيَ الإبراءُ مطلقاً، فلا يعود عليه الألف، كما إذا بدأ بالإبراء، بأن قال: أبرأتُك عن خمسمئة من ألف على أن تؤدّيَ إليَّ نقداً خمسمئة(1).

[2]قوله: ولهما أنّ... الخ؛ هذا استدلالٌ على ما ذهبَ إليه أبو حنيفةَ ﵀ ومحمّد ﵀، وتحريرُه: إنَّ كلمةَ: على؛ تكونُ للشَّرطِ كما تكونُ للمعاوضة، فتحمل على الشرط إذا تعذَّرَ حملُها على المعاوضةِ تصحيحاً لتصرُّفِه.

والتفصيلُ فيه: إنَّ في المعاوضةِ مقابلةُ العوضِ بالعوض، وفي الشرطِ مقابلةُ الشرطِ بالجزاء، فجازَ أن تستعارَ كلمةُ المعاوضةِ للشرطِ لوجود معنى المقابلةِ فيه، فيحملُ الكلامُ على القلبِ تصحيحاً للشرطِ عند تعذُّرِ الحمل على الظاهر، وبدلالةِ حال المتكلِّم، إذ مقصوده الحمل على الأداء.

وإذا كانت للشرطِ جازَ تقييدُ الإبراء به؛ لأنّه يحتمل التقييد بالشرط، وإن كان لا يتعلّقُ به كالحوالة، فإنّها براءةٌ ثابتةٌ في الحال، مقيّدةٌ بشرطِ أداءِ المحتال عليه، وليست بمعلّقةٍ عليه، حتى لم يبقَ حقُّ المطالبةِ من المحيل ما دام المحتال عليه حيّاً.

ولو لم يوجدْ الشرطُ وماتَ المحتالُ عليه مفلساً عاد الدَّينُ إلى ذمَّةِ المحيل، وإذا احتملَ ذلك وجبَ الحمل عليه؛ لأنَّ للنَّاسَ غرضاً فيه حذراً عن فوتِ الكلِّ عند إفلاسه، أو توسُّلاً إلى تجارة أربح منه، وفيما نحن بصدده لم يبرأ في أوَّلِه وآخره معلّق بشرط فلا يسقطُ الدينُ بالشكّ.

---

(1) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ٤٣).

وإن لم يؤقِّتْ لم يعد

على ؛ للشَّرط[1]، فيكون البراءةُ مقيَّدةً بالشَّرط، فيفوتُ بفواتِه، وفيه نظر[2]؛ لأنَّ كلمةَ: على؛ دخلتْ على البراءة، فهذا التَّعليلُ إنَّما يصحُّ لو قال: أبرأتُكَ عن خمسمئة على أن تؤدِّي الخمسمئةِ الأخرى.

ويمكنُ أن يجابَ عنه[3]: بأنَّه وإن كان في اللفظِ هكذا، لكن في المعنى كلُّ واحدٍ مقيَّدٌ بالأخر؛ لأنَّه ما رضي بالبراءةِ مطلقاً، بل بالبراءةِ على تقديرِ أداءِ الخمسمئة، فصارت البراءةُ مشروطةً بالأداء، فإذا لم يودِّ عادَ حقُّه. هذا من إملاء المصنِّف ﷺ.

(وإن لم يؤقِّتْ لم يعد)

والسرُّ فيه: إنَّ كلمةَ: على؛ محتملة، فعلى تقدير أن تكون للشرط لا يبرأُ مطلقاً، وإنَّما يبرأُ عنه الأداء، وعلى تقدير: أن تكونَ للعوضِ يبرأُ مطلقاً، فلا يبرأُ بالشكِّ والاحتمال[1].

[1]قوله: للشرط؛ وتستعمل للعوض بمعنى الباء في المعاوضات المحضة، لما بين العوض والمعوّض من اللزوم والاتّصال في الوجود، ولا تحمل على الشرط؛ لأنَّ المعاوضات المحضة لا تحمل على التعليق بالخطر لما فيه معنى القمار. صرّح به في «الكشاف».

[2]قوله: وفيه نظر لأن...الخ؛ حاصلُ النظر: إنَّ كونَ البراءة مقيَّدةٌ بشرط الأداءِ ممنوع، فإنَّ كلمةَ: على؛ هاهنا دخلت على البراءةِ دون الأداء، فكيف يكون الأداءُ شرطاً للبراءة؛ فإنَّ ما دخلَ عليه كلمة: على؛ هو الشرط، فهذا التعليل لا يجري فيما نحن بصدده، بل فيما إذا قال: أبرأتك عن خمسمئة على أن تؤدّيَ الخمسمئة الأخرى، وهذه مسألة أخرى.

[3]قوله: ويمكن أن يجابَ عنه...الخ؛ حاصلُ الجواب: إنَّ المنعَ المذكور نظراً إلى ظاهرِ العبارةِ مسلَّم، لكنَّ المتكلِّم لما لم يرضَ بالبراءةِ المطلقةِ بل بالبراءةِ على تقديرِ أداء الخمسمئة، ففي المعنى كلُّ واحدٍ مقيَّدٌ بالآخر.

فصارت البراءةُ مشروطةً بالأداء، فإذا لم يؤدِّ عادَ حقُّه، ولعلَّ إمكانَ الجواب

(١)ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ٤٣).

وكذا لو صالحَهُ من دينِهِ على نصفٍ يدفعه إليه غداً ، فهو بريء ممّا فَضَل ، على أنّه إن لم يدفعْهُ غداً ، فالكلُّ عليه ، فإن أبراهُ عن نصفِهِ على أن يعطيَه ما بقيَ غداً ، فهو بريءٌ أدَّى الباقي أو لا

أي إن لم يؤقِّتِ الأداء ، بل قال[1] : أدِّ إليَّ خمسمئة بأنك بريء من الباقي ، ولم يقلْ غداً ، ففي هذه الصُّورةِ إن لم يؤدِّ الدَّينَ لم يَعُدْ دينُهُ ؛ لأنّه إبراءٌ مطلق.

(**وكذا لو صالحَهُ**[2] **من دينِهِ على نصفٍ يدفعه إليه غداً ، فهو بريء ممّا فَضَل ، على أنّه إن لم يدفعْهُ غداً ، فالكلُّ عليه**) ، ففي هذه الصُّورةِ إن قَبِلَ بَرِئَ عن الباقي ، فإن لم يؤدِّ في الغد ، فالكلُّ عليه كما في المسألة الأولى ، وهذا بالإجماع .

(**فإن أبراهُ**[3] **عن نصفِهِ على أن يعطيَه ما بقيَ غداً ، فهو بريءٌ أدَّى الباقي أو لا**)

إشارةٌ إلى ضعفِه ، وهو ظاهر ، فإنَّ المؤاخذةَ إنّما تكون بالألفاظ الصريحة لا بالعبارات المُؤولة ، فإنّ باب التأويل والتغيير وسيع.

[1] قوله : **قال أدّ إليّ**... الخ ؛ أي قال : أدّ إليّ خمسمئة على أنّك بريءٌ ممّا زاد ، ولم يؤقّت للأداءِ وقتاً ، ولم يقل : غداً أو غيره ، فيصحُّ الإبراء ، ولا يعودُ دينُه ؛ لأنّه إبراءٌ مطلق ، فإنَّ أداءَ الخمسمئة لا يصلحُ عوضاً ، وكذا لا يصلحُ غرضاً صحيحاً لما لم يقيِّده بزمانٍ معيَّن ، فيكون ذكرُه لغواً ، بخلاف ما إذا وقعت الأداءُ وقتاً ؛ فإنَّ الأداءَ في الغدّ غرض صحيح.

[2] قوله : **لو صالحه**...الخ ؛ يعني لو صالحَ المصالحَ الغريم من دينه على نصف ، بأن قال : صالحتُك من الألفِ على خمسمئة تدفعُها إليّ غداً ، وأنتَ بريءٌ من الفضل على أنّك إن لم تَدفعْها إليَّ غداً فالأف عليك على حاله ، فالكلُّ : أي الألف يكون عليه إن لم يدفعه إليه غداً ؛ لأنّه أتى بصريحِ التقييدِ فيعمل به ، فإذا لم يوجد بطل.

[3] قوله : **فإن أبراه**...الخ ؛ أي فإن قال عند المصالحة : أبرأتُك من خمسمئةٍ من الألفِ على أن تعطيني الخمسمئة غداً ، فالإبراءُ فيه واقعٌ أعطى الخمسمئة أو لم يُعْطِ به ؛ لأنَّ الدَّائنَ أطلقَ البراءةَ في أوّل كلامه ، ثمَّ ذكر الأداء الذي لا يصلحُ عوضاً ، فبقي احتمالُ كونِ الأداءِ الذي لا يصلحُ عوضاً ، فبقى احتمالُ كونِ الأداءِ شرطاً ، وهو

....

وقد علَّلَ في هذه الصُّورةِ[1] ما علَّلَ أبو يوسفَ ﷺ في المسألةِ الأولى، وهذا عجيب، بل التَّعليلُ الذي ذُكِرَ من جانبِ أبي حنيفةَ ﷺ ومحمَّد ﷺ إنَّما يصحُّ في هذه المسألة؛ لأنَّ الإبراء مقيَّدٌ بالشرطِ هاهنا لا في المسألة الأولى، ويمكنُ أن يجابَ عنه: بأن هذا إنَّما جاءَ من لفظ: غداً؛ لأنَّ الإبراءَ في الحالِ لا يمكنُ أن يكونَ مقيَّداً بإعطاء الخمسمئة غداً. من إملاء المصنِّف إليَّ ﷺ.

مشكوك هنا؛ لكونه مذكوراً مؤخَّراً عن البراءة فلم يتحقّق كونُه شرطاً، فبقي البراءةُ على الإطلاق.

فيصيرُ الأداءُ وعد منه غير مفيد في حقِّ البراءةِ بخلافِ الأداءِ في الصورةِ الأولى؛ لكونه مفيداً في البراءة؛ لذكره في أوّل الكلام، وبهذا التقرير اتَّضحَ الفرقُ بين الصورتين[1].

[1]قوله: **وقد علَّل في هذه الصورة**...الخ؛ اعلم أنّ صاحب «الهداية»[2] استدلَّ على ما ذهبَ إليه أبو يوسفَ ﷺ في المسألة الأولى بقوله: **لأنّه إبراء مطلق**.

ألا ترى أنّه جعلَ أداء الخمسمئة عوضاً حيث ذكره بكلمة: على؛ وهي للمعاوضة، والأداءُ لا يصلحُ عوضاً؛ لكونه مستحقّاً عليه، فجرى وجوده مجرى عدمه، فبقيَ الإبراءُ مطلقاً، فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء. انتهى.

واستدلَّ في هذه المسألةِ التي نحن فيها بقوله: **لأنّه أطلقَ الإبراء أوّلاً، وأداء الخمسمئة لا يصلحُ عوضاً مطلقاً، ولكنّه يصلحُ شرطاً، فوقعَ الشكُّ في تقييده بالشرط، فلا يتقيَّدُ به، بخلاف ما إذا بدأ بأداءِ خمسمئة؛ لأنَّ الإبراءَ حصل مقروناً به، فمن حيث أنّه لا يصلحُ عوضاً تقعُ مطلقاً، ومن حيث أنّه يصلحُ شرطاً لا يقع مطلقاً، فلا يثبتُ الإطلاقُ بالشكِّ فافترقا**. انتهى.

فظنَّ أنَّ التعليلَ في هذه المسألة بما علّله أبو يوسفَ ﷺ في المسألة الأولى بقرينةِ إطلاق الإبراء، وكون الأداء غيرُ صالحٍ للعوض، ويؤيِّدُ ذلكَ قولُ صاحب «الهداية»[3] في الاستدلال الأوّل: **فبقيَ الإبراءُ مطلقاً، فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء**.

---

(١) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣١٦).

(٢) «الهداية»(٣: ١٩٨).

(٣) «الهداية»(٣: ١٩٨).

ولو علّقَ صريحاً كإن أدّيتَ إليّ كذا، أو إذا، أو متى لا يصحّ، لا يصحُّ

(ولو علّقَ صريحاً كإن أدّيتَ إليّ كذا، أو إذا، أو متى لا يصحّ): أي إن قال: إن أدّيتَ إليّ كذا، فأنتَ بريءٌ من الباقي، (لا يصحُّ[1])؛ لأنَّ الأبراءَ[2] المعلّقَ تعليقاً صريحاً لا يصحّ، فإنَّ الإبراءَ فيه معنى التَّمليك، ومعنى الإسقاط، فالإسقاطُ لا يُنافي تعليقُهُ بالشَّرط، والتَّمليكُ يُنافيه، فراعينا المعنيين، وقلنا: إن كان التَّعليقُ صريحاً لا يصحُّ، إن لم يكنْ صريحاً كما في الصُّورةِ المذكورة يصحّ

فهذه التعليل عجيب، وكان المناسب أن يذكرَ هنا ما استدلّ به على ما ذهبَ إليه أبو حنيفةَ ومحمد ﷺ في المسألةِ الأولى من أنّ هذا إبراءٌ مقيّدٌ بالشرطِ فيفوتُ بفواته، فإنَّ كون الإبراءِ مقيداً بالشرط موجودٌ هنا، لا في المسألةِ الأولى، فانقلبَ الأمر.

وأنتَ تعلم أنّ استعجاب الشارح ﷺ ليس بشئ بالنظرِ إلى وجه الفرق بين المسألتين، كما بيّنَه صاحبُ «الهداية»(1) بقدر الكفاية، ونبَّه عليه بقوله: فافترقا، وأمّا الجوابُ بأنّ هذا إنّما جاء من لفظ غداً؛ لأنَّ الإبراءَ في الحالِ لا يمكنُ أن يكون مقيّداً بإعطاءِ الخمسمئة غداً مذكور في المسألة الأولى أيضاً.

وقالوا: في تقييد الإبراءِ بالشرط يحصل الإبراءُ في الحال بشرط وجود ما قيَّدَ به، حتى أنّه لو لم يوجد المقيَّد يعودُ الدّين فيمكن الإبراءُ في الحال مقيّداً بإعطاءِ الخمسمئة غداً كما لا يخفى، فتأمَّل فيه فإنّه بالتأمُّل حقيق.

[1]قوله: لا يصح؛ سواء أدّاه أو لا، إذ في الإبراءِ معنى تمليك ينافيه التعليق، كما تقرَّر، وفيه إشعارُ بأنّه لو قدَّم الجزاءَ صحّ في «الظهيرية» لو قال: حططتُ عنك النصف إنَ نقدتَ إليَّ نصفاً فإنّه حطٌّ عندهم، وإن لم ينقده. ذكره القُهُسْتَانِيّ(2).

[2]قوله: لأنّ الإبراء...الخ؛ يعني لأنَّ هذا إبراءٌ معلّقٌ تعليقاً صريحاً، وكلُّ إبراء معلّقٌ تعليقاً صريحاً لا يصحّ، فهذا لا يصحّ، أمّا الصغرى فظاهرة، وأمّا الكبرى؛ فلأنَّ الإبراءَ إسقاط حتى لا يتوقّف على القبول، وفيه معنى التمليك حتى يرتدَّ بالردّ، وتعليقُ التمليكِ بالشرطِ كالبيع ونحوه لا يجوز، وتعليقُ الإسقاطِ بالشرطِ كالطلاقِ والعتاقِ جائز؛ ففي الإبراءِ المشتملِ على المعنيين.

(1) «الهداية»(٣: ١٩٨).

(2) في «جامع الرموز»(٢: ٢٨٣).

وإن قال للآخر سرّاً: لا أقرُّ لك حتَّى تؤخِّرَه عنِّي، أو تحطَّهُ ففعل، صحَّ عليه، ولو أعلن أخذَ للحال

(وإن قال للآخر[1] سرّاً: لا أقرُّ لك حتَّى تؤخِّرَه عنِّي، أو تحطَّهُ ففعل، صحَّ عليه، ولو أعلن أخذَ للحال

قلنا: يصحُّ إذا لم يصرِّح بالشرط، ولا يصحُّ إذا صرَّحَ به عملاً بالشبهين، بخلافِ المسألةِ السابقة، فإنّها لم يؤتَ فيها بتصريح التعليق، وإنّما أتى فيها بالتقييد، والفرقُ بين التقييد بالشرطِ والتعليق به ثابتٌ لفظاً ومعنىً.

أمَّا لفظاً فهو أنَّ التقييدَ لا يستعمل فيه لفظُ الشرط صريحاً، وفي التعليقِ يستعمل.

وأمّا معنىً فهو أنّ تقييدَ الإبراءِ بالشرطِ يحصلُ به الإبراءُ في الحال، بشرط وجود ما قيَّدَ به، وفي التعليقِ لا يحصلُ في الحال؛ لأنَّ المعلَّقَ بالشرطِ معدومٌ قبله، فكان التعليقُ بمَنْزلةِ الإضافةِ إلى وقتِ الشرط.

[1]قوله: وإن قال للآخر...الخ؛ يعني وإن قال المديونُ للدَّائنِ سرّاً: لا أقرُّ لك بمال ودينٍ وجبَ منك عليّ حتى تؤخِّر ذلك الدَّين عنِّي، أو تحطَّ عنِّي بعضَه، ففعلَ الدائنُ التأخير أو الحطّ، فذلك التأخير أو الحطّ جائزٌ ولازمٌ عليه، حتى أنّه بعد التأخير لا يقدرُ على المطالبة في الحال.

وبعد الحطّ لا يقدرُ على المطالبةِ لما حطَّ به؛ لأنّه ليس بمكره عليه، فصارَ نظير الصلحِ مع الإنكار، ولو أعلنَ ما قاله سرّاً أخذَ المال من المقرِّ بلا تأخيرٍ وحطٍّ، والمراد بالإعلانِ هو التكلّم به أوَّلاً بين الناس، وليس المرادُ به أنّه بعدما اتَّفقا على الحطِّ والتأخير، فإنّه لا ينقض الصلّح.

وقيدُ السرِّ قد أهمله صاحب «الكنز»(1) ولم ينبِّه عليه شارحه الزَّيْلَعِي(2)، والعَيْني(3)، ونبَّه عليه ملا مسكين(4)، وصاحبُ «الدرر» و«الغرر»(5) وصاحبُ «الهداية»(6)، وغيرُهم.

---

(١) «كنز الدقائق»(ص١٣٧).

(٢) في «تبيين الحقائق»(٥: ٤٤).

(٣) في «رمز الحقائق»(٢: ١٦٨).

(٤) في «شرح الكنز»(ص٣٤٦).

(٥) «غرر الحكام»(٢: ٤٠١).

(٦) «الهداية»(٣: ١٩٩).

....

....

ولكنَّ النظرَ إلى العلَّة التي ذكرها الزَّيْلَعِيُّ[1]، وغيره من أنّه ليس بمكرهٍ لتمكُّنه من إقامةِ البيّنة أو التحليف، فينكل، وهو نظيرُ الصلحُ مع الإنكار؛ لأنَّ كلاً منهما لا ينافي الطوع والاختيار في تصرّفه، أقصى ما في الباب أنّه مضطر، لكن الاضطرار لا يمنعُ من نفوذ تصرُّفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة يوجبُ التسويةَ بين الحالتين، اللّهُمَّ إلاّ أن يقال: يؤخذُ المقرُّ بالمالِ في خبر الحال في صورة الإعلان؛ لأنّه إقرارٌ منه بالحقّ بخلاف السرّ والكتمان. فتفكّر فيه.

(١) في «التبيين»(٥: ٤٤ - ٤٥).

فصل في الدين المشترك

ولو صالحَ أحدُ ربَّي دينٍ عن نصفِهِ على ثوبٍ اتَّبعَ شريكُهُ غريمَهُ بنصفِه، أو أخذَ نصفَ الثَّوبِ من شريكِه

فصل في الدين المشترك

ولو صالحَ[1] أحدُ ربَّي دينٍ عن نصفِهِ على ثوبٍ اتَّبعَ شريكُهُ غريمَهُ بنصفِه، أو أخذَ نصفَ الثَّوبِ من شريكِه

[1]قوله: **ولو صالح**...الخ؛ هذا شروعٌ في بيانِ حكم الدَّين المشترك، وأخَّرَه عن بيانِ حكمِ الدَّينِ المفردِ لتلوِّه عنه طبعاً، والأصلُ في هذا الباب أنَّ الدينَ المشترك إذا قبضَ أحدٌ من الشريكينِ شيئاً من ذلك الدَّين شاركه الآخرُ فيه.

ووجهه: إنَّ الدَّين ازدادَ بالقبض، فإنَّ ماليَّة الدَّين إنّما تكون باعتبارِ عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحقّ، فيصيرُ كزيادةِ الولدِ في الجاريةِ المشتركة، والثمرة في الشجرة المشتركة، ومثل هذه الزيادة يكون مشتركاً بين الشركاء، فهاهنا أيضاً يكون لصاحبه حقّ المشاركة.

ولا يقال: إنَّ زيادة الدين بالقبض لو كانت كزيادةِ الولدِ والثمر لما جازَ تصرُّفُ القابض في المقبوض قبل أن يختارَ الشريك مشاركته، كما في الولد والثمر، فإنَّه لا يجوزُ تصرُّف أحد الشريكينِ بلا إذنِ الآخر.

لأنّا نقول: إنَّ المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركته فيه باقٍ على ملكِ القابض؛ لأنَّ العينَ غير الدَّين حقيقة، وقد قبضَه بدلاً عن حقّه فيملكُه وينفذُ تصرُّفُه فيه كالهبةِ وقضاءِ دين غريمه، ويضمنُ لشريكِهِ حصَّته، فهذا أصلٌ كليٌّ يتفرّع عليه فروعٌ كثيرة فاحفظه.

ومن تلك الفروع الكثيرة ما ذكرَه المصنّف ﷺ هاهنا بقوله: ولو صالح...الخ، يعني إذا كان الدَّين مشتركاً بين الشريكين، وصالح أحدُهما عن نصفِه وهو نصيبُه على ثوبٍ، فلشريكهِ الخيَارُ إن شاءَ أن يتّبع المديون بنصفِ الدَّين لبقاء حصَّته في ذمَّته أو يأخذ نصفَ الثوب من شريكه؛ لأنّ له حقّ المشاركة فيه؛ لأنه عوضٌ عن دينه، إلاّ أن يضمنَ المصالحُ للشريك ربعَ الدّين، فإنَّ حقّه في الدَّينِ لا في الثوب.

إلاّ أن يَضْمَنَ ربعَ الدَّين

إلاّ أن يَضْمَنَ[١] ربعَ الدَّين)

والسرُّ في الخيار: أن أحد الشريكين لا يختصُّ بالمقبوضِ من الدَّين، إذ لا يجوزُ قسمتُهُ قبل القبض، والمقبوضُ خيرٌ من الدَّين، فقضيَّتُهُ أن يضمَّنَه ربعَ الدين، ولا يكون له سبيل على الثوب؛ لأنّه أخذ عوضه.

لكنَّ الصلحَ مبنيّ على الحطّ، فلو ألزمنا ربعَ الدَّينِ لتضرَّرَ المصالح؛ لأنّه قد لا يبلغ قيمةُ الثوب كلّه ربعَ الدّين، فأثبتنا له الخيار بين أن يرجعَ على المدين بنصيبه، وبين أن يأخذَ نصفَ ما وقعَ عليه الصلحُ أو ربعُ الدَّين، دفعاً للضررِ عنهما بقدر الإمكان.

ثم إنَّ المصنِّفَ ﷺ إنّما قال: لو صالح، فإنّه لو اشترى أحدُ الشريكين شيئاً بنصيبِهِ لم يشاركْ الآخر فيه، كما سيصرِّح به، وإنّما قال: أحدُ ربيّ دين، ووضعَ المسألة في الدين؛ لأنّه لو كان الصلح عن عينٍ مشتركةٍ يختصُّ المصالح ببدل الصلح، وليس لشريكه أن يشاركَه فيه لكونِهِ معاوضةً من كلِّ وجه؛ لأنَّ المصالح عنه مالٌ حقيقةً، بخلافِ الدَّين فإنَّ ماليَّته باعتبارِ عاقبة القبض كما مرّ.

وإنّما قال: على ثوب؛ ومراده أن يكون على خلافِ جنسِ الدَّين؛ لأنّه لو صالحه على جنسِهِ فالآخرُ يشاركُه فيه، أو يرجعُ على المديون، وليس للقابض فيه خيار؛ لأنّه بمنزلةِ قبضٍ بعض الدّين.

ولا فرقَ في هذا الصلحِ بين أن يكون عن إقرارٍ أو سكوتٍ أو إنكار؛ لأنَّ المدعيين يتصادقان على أنّ لهما على المدعي عليه ديناً، وما يأخذُهُ بدلاً عنه، وزعمُهما حجَّةً عليهما، ولو أرادَ القابضُ أن يختصَّ به ولا يرجعُ عليه شريكه فيما قبض.

فالحيلةُ فيه أن يهبَه الغريمُ قدرَ دينه، وهو يبرئه عن دينِه أو يبيع الطالبُ كفّاً من زبيب ونحوه بقدرِ نصيبِهِ من الدَّين، ثمَّ يبرئه عن الدَّين ويأخذَ ثمنَ الزَّبيب. كما سنذكره مفصّلاً إن شاء الله ﷻ(١).

[١]قوله: **إلا أن يضمن**...الخ؛ استثناء من قوله: اتّبع شريكه غريمه أو أخذ نصفَ الثوبَ من شريكه: يعني إذا ضمنَ الشريكُ المصالحُ ربعَ الدَّين ليس للشريكِ الغير

---

(١) ينظر: «العناية»(٨: ٤٣٢)، و«التبيين»(٥: ٤٦).

....

فإنّ الشَّريكَ إن ضَمِنَ له ربعَ الدَّين فلا حقَّ له في الثَّوب، هذا إذا كان الدَّينُ مُشْتَركاً بينهما، بأن يكونَ[1] واجباً بسببٍ متّحدٍ كثمنِ المبيع صفقةً واحدة، وثمنَ المال المشترك، أو الموروث بينهما، وقيمة المستملك المشترك، فإنّ كلَّ ما أخذَهُ أحدُ الشَّريكينِ فللآخرِ إتّباعُه.

المصالح الخيار؛ لأنّ حقّه في الدّين، ولا يكون له سبيل في الثوب كما تقدّم.

[1]قوله: **بأن يكون**...الخ؛ هذا صورةُ كونِ الدَّينِ مشتركاً، وحاصله: إنَّ الدَّينَ المشتركَ ما يكون واجباً بسببٍ متَّحدٍ كثمن المبيع إذا كان الصفقةُ واحدة بأنّ [كان] الجميع عبدين اثنين، لكلٍّ واحدٍ منهما عبد، وباعا صفقة واحدة، فيكون ثمنهما على الإشتراك، وإن اختصَّ كلٌّ واحدٍ من العبدين بأحدهما.

وكثمنِ المال المشتركِ بين الاثنين، بأن باعا عبداً مشتركاً بينهما صفقةً واحدة، وكالموروث بين الاثنينِ بأن ماتَ مورِّثُهما وله دينٌ على رجل فورثاه، وكقيمة المشتركِ المستهلك فإنّ كلَّ ما أخذَه أحدُ الشريكينِ في هذه الصور فللشريكِ الآخرِ اتّباعه.

قال في «البحر»[1]: الدَّين المشتركُ بسببٍ متَّحدٍ كثمن مبيع بيعَ صفقةً واحدةً عيناً واحدةً أو أعياناً بلا تفصيل ثمن، أو قيمة عين مشتركةٍ مستهلكة، أو بدلَ قرض، أو دينِ موروث صالَحه أحدُهما عن نصيبِه، فإن كان على غير جنس الدين خُيِّرَ الشريكُ إن شاءَ اتَّبع المديونَ بحصَّتِه أو شريكه. انتهى.

فهذا جامع واضح، واعلمْ أنّه لا بُدّ في المشاركةِ أن يتساويا في قدرِ الثمن وصفته؛ لأنّهما لو باعاه صفقةً واحدةً على أنَّ نصيبَ فلانٍ منه مئة ونصيبُ فلانٍ خمسمئة، ثمَّ قبضَ أحدُهما منه شيئاً لم يكن للآخرِ فيه مشاركتُه؛ لأنَّ تفرُّقَ التسميةِ في حقّ البائعين كتفرُّق الصفقةِ بدليلِ أنّ المشتري له أن يقبلَ في نصيبِ أحدهما دون الآخر.

وكذا لو اشترطَ أحدُهما أن يكون نصيبَه خمسمئةٍ بيضاً، ونصيبُ الآخر خمسمئة سوداً، لم يكن للآخرِ أن يشاركَه فيما قبضه؛ لأنّ التسميةَ تفرَّقَت، وميّزت نصيبَ أحدِهما عن الآخر وصفاً، ولعلَّ المصنّف ﷺ لم يلتفتْ إلى هذا القيد، فإنّه شرطَ الاشتراك، وهو في بيانٌ حقيقته. فتأمّل.

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ٢٦٠).

ولـو قبضَ أحدٌ شيئاً من الدَّين شاركَهُ شريكُهُ فيه، ورجعا على الغريمِ بما بقي، ولو اشترى بنصفِهِ شيئاً ضمَّنَهُ شريكه ربعَ الدَّين أو اتَّبع غريمه

(**ولو قبضَ**[1] **أحدٌ شيئاً من الدَّين شاركَهُ شريكُهُ فيه، ورجعا على الغريمِ بما بقي**[2]): أي لا يكونُ للغريم أن يقولَ للذي أعطاهُ نصفَ الدَّين: إنِّي قد أعطيتُك حقَّك، فليس لك عليَّ شيء، فإنَّ ما أعطاهُ إيَّاه مشتركٌ بينه وبين شريكه.

(**ولـو اشترى بنصفِهِ شيئاً ضمَّنَهُ شريكه ربعَ الدَّين أو اتَّبع غريمه**[3]): أي اشترى أحدُ الشَّريكين بنصفِهِ من الغريم شيئاً فللشريكِ الآخرِ أن يضمِّنَهُ ربعَ الدَّين؛ لأنَّه صارَ[4] قابضاً نصفَ الدَّين

[1]قوله: **ولـو قبض**...الخ؛ يعني ولو قبضَ أحدُ الشريكين شيئاً من الدَّين شاركَه شريكُه فيه، لما تقدَّمَ من أنَّ الدَّينَ المشتركَ بين اثنين إذا قبضَ أحدُهما شيئاً منه فلصاحبِهِ أن يشاركَه في المقبوض.

وقال العَيْنِيُّ في «شرح الكنز»(1): فله أن يشاركَه فيه إن شاء؛ لأنه عين حقّه من وجه، وإن شاء رجعَ على الغريم وهو المديون؛ لأنّ حقّه عليه في الحقيقة، وإنّما كان له أن يشاركَه في فصل الثوب في فصل الصلح؛ كيلا يلزمُ المصالح الضرر، وهاهنا انتفى الضرر. انتهى.

[2]قوله: **ورجعا على الغريم بما بقي**؛ لأنَّ هذين الشريكين لَمّا اشتركا في المقبوضِ فلا بُدَّ أن يبقى الباقي على الشركة، ولو سلَّم له المقبوضَ واختار متابعةَ الغريم، ثمَّ تَوَى نصيبه بأن ماتَ الغريمُ مفلساً رجعَ على القابض بنصفِ ما قبض؛ لأنَّ التسليمَ مقيَّدٌ بشرطِ سلامة الباقي له، فإذا لم يُسَلِّم له رجعَ عليه كما في الحوالة، صرَّحَ بها العَيْنِيُّ(2)، والزَّيْلَعِيُّ(3)، وغيرهما.

[3]قوله: **أو اتَّبع غريمه**؛ لأن القابضَ قبضَ حقّه إلا أنّ له حقّ المشاركة، فكان له أن يشاركه.

[4]قوله: **لأنّه صارَ**...الخ؛ يعني لأنّ المشتري هاهنا صارَ قابضاً بالمقاصّة من غير

(1) «رمز الحقائق»(٢: ١٦٩).

(2) في «رمز الحقائق»(٢: ١٦٩).

(3) في «تبيين الحقائق»(٥: ٤٦).

وفي الإبراءِ عن حظِّه والمقاصَّة بدينٍ سبقَ لم يرجع الشَّريك

بالمقاصّة[1]، فيضمِّنَه شريكُهُ الرُّبع بخلافِ مسألةِ الصُّلْح، فإنَّه إذا أخذَ الثَّوبَ بطريقِ الصُّلحِ عن النِّصف، ومبنى الصُّلحِ على الحطّ، فالظَّاهرُ أن قيمةَ الثَّوبِ أقلُّ من نصفِ الدَّين، فلو ضمَّنَه ربعَ الدَّينِ يتضرَّر آخذُ الثَّوب، فلآخذ الثَّوبَ أن يقولَ: إنِّي ما أخذتُ إلا الثَّوب، فإن شئتَ خذ نصفَهُ بخلاف مسألةِ الشِّراءِ إذ مبناهُ على المماكسة، فلا يتضرَّر المشتري بضمان رُبْعِ الدَّين.

(**وفي الإبراءِ عن حظِّه والمقاصَّة بدينٍ سبقَ لم يرجع الشَّريك**): أي إذا أبرأَ أحدُ الشَّريكين الغريمَ عن نصيبِه لا يرجعُ الشَّريكُ الآخر على ذلك الشَّريك؛ لأنَّ الأبراءَ إتلافٌ لا قبض، وكذا إن وقعتِ المقاصَّة بدينِهِ السَّابق، صورتُهُ: لزيدٍ على عمرو خمسونَ درهماً، فباعَ عمرو وبكر عبداً مشتركاً بينهما من زيدٍ بمئة درهم حتَّى وَجَبَ لكلٍّ منهما على زيدٍ خمسونَ درهماً، وقعت المقاصّة بين الخمسينَ التي وجبتْ لعمرو على زيد، وبين الخمسينَ التي كانت لزيدٍ على عمرو

حطيطة ولا ضررٍ عليه، فإنَّ مبنى البيعِ على المماكسة، بخلافِ ما إذا صالحَ بنصيبِهِ على الثوب، حيثُ يكون المصالحُ بالخيارِ إن شاءَ دفعَ إليه نصفَ الثوب، وإن شاءَ دفعَ إليه ربعَ الدَّين.

فإنّ مبنى الصُّلحِ على الإغماض والحطيطة، فكأن المصالحَ بالصلحِ أبرأه عن بعض نصيبه، وقبضَ البعض، فلو ألزمنا المصالحَ دفعَ ربعِ الدَّين يتضرّر به؛ لأنّه لم يستوفِ الدَّين كاملاً، فيتخيَّرُ القابضُ بين دفعِ نصفِ المصالحِ عليه أو ربعَ الدَّين كما تقدّم(١).

[1]قوله: **بالمقاصّة**؛ فإن قيل: قسمةُ الدينِ قبل القبضِ لا تتصوَّر، فكيف تتصوَّرُ المقاصّةُ فيه؟

أجيب: بأنَّ قسمةَ الدَّين قبل القبضِ يجوز ضمناً، وإنَّما لا تجوزُ قصداً، وهنا وقعت القسمة في ضمنِ صحَّة الشراء، وصحّة المصالحة، وكم من شيء يصحُّ ضمناً ولا يصحُّ قصداً.

---

(١) ينظر: «الهداية»(٣: ١٩٩).

ولو أبرأَ أحدُهما عن البعضِ قُسِّمَ الباقي على سهامِهِ ، ويبطلَ صُلحُ أحدُ ربَّي سَلَم من نصفِهِ على ما دَفَعَ

فليس لبكرٍ أن يقولَ لعمروٍ: إنَّكَ قبضتَ الخمسينَ التي وجبتَ لك على زيدٍ حيث وقعتِ المقاصَّةُ بينهما، وبين الخمسينَ التي كانت لزيدٍ عليك، فأدِّ إليَّ نصفَها، وإنَّما لا يكونُ له ذلك؛ لأنَّ عمراً قاصٍّ دينَهُ[١] بالمقاصَّة لا قابضَ شيئاً.

(**ولو أبرأَ أحدُهما عن البعضِ قُسِّمَ الباقي على سهامِهِ**): أي إذا كان الدَّين بين الشَّريكينِ نصفين، فأبرأ أحدُهما عن نصفِ نصيبه، وهو الرُّبع، قُسِّمَ الباقي أثلاثاً؛ لأنَّه بقي له رُبع، وللآخر نصف[٢].

(**وبطلَ صُلحُ أحدُ ربَّي سَلَم من نصفِهِ على ما دَفَعَ**[٣]): أي إذا أسلمَ رجلان في كُرٍّ، ورأسُ مالِهما مئة، وسَلَّم كُلٌّ واحدٍ خمسين درهماً، ثُمَّ صالحَ أحدُهما عن نصفِ كُرِهِ بالخمسينَ التي دَفَعَها إلى المُسَلَّم إليه، وأخذَ الخمسين، فهذا الصلحُ لا يجوزُ[٤] عند أبي حنيفةَ ﷺ ومحمَّدٍ ﷺ

[١]قوله: **لأنَّ عمراً قاصٌّ دينه**...الخ؛ فإنّه قضى ديناً كان عليه ولم يقبض شيئاً؛ لأنَّ الأصلَ في الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصيرَ الأوَّلُ مقضيّاً بالثاني، والمشاركة إنّما تثبتُ في الاقتضاء.

[٢]قوله: **لأنّه بقي ربع وللآخر نصف**؛ حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهماً فأبرأه أحدُهما عن نصفِ نصيبه وهو الخمسة كان له المطالبة بالخمسة، وللساكتِ المطالبةُ بالعشرة.

[٣]قوله: **على ما دفع**؛ أي على ما دفعَ من رأس المال، وإنَّما شرط أن يكون هذا الصلحُ عن رأس المال؛ لأنّه لو كان على غيره لا يجوزُ بالإجماع؛ لما فيه من الاستبدالِ بالمسلَّم فيه، ذكره الزَّيْلَعِيُّ في «التبيين»(١).

[٤]قوله: **لا يجوز**؛ أي يتوقَّفُ الصلحُ عندهما على إجازةِ صاحبه، فإن أجازَ نفذَ عليهما كأنَّهما صالحاه، وكان ما قبضَ بينهما، وما بقيَ من السَّلَمِ بينهما، وإن ردَّه بطلَ أصلاً، وبقيَ الطعامُ كلُّه بينهما. كذا في «الكفاية»(٢).

---

(١) «تبيين الحقائق»(٥: ٤٨).

(٢) «الكفاية»(٧: ٤٠٧).

....

وعند أبي يوسفَ ﷺ يجوز[1] كما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدُهما في نصيبِه، لهما[2]: أنّه لو صحّ في نصيبه خاصَّةً لَزِمَهُ قسمةُ الدَّينِ في الذمّة، ولو جازَ في نصيبِهما لا بُدَّ من إجازةِ الآخر، ولم توجد.

فالأولى ما قاله في «التنوير»(١): صالحَ أحدُ ربَّي سَلَم عن نصيبِه على ما دفعَ فإن أجازه الآخرُ نفذَ عليهما، وإن ردّه ردّ. انتهى. فإنّك عرفتَ أنّه ليس بباطل، بل هو صحيحٌ موقوفٌ على الإجازة، وظهرَ من قولِ المصنّف ﷺ بطلانه مطلقاً، اللَّهُمَّ إلا أن يرادَ به أنّه سيبطلُ على تقدير عدم الإجازة.

[١]قوله: يجوز؛ لأنّه تصرُّفٌ في خالصِ حقّه فيجوزُ كما في سائر الديون، والسرُّ فيه: إنَّ الصلحَ هاهنا على رأسِ المال، كالصلحِ في غيره على ما أراد من المال.

ألا ترى أنّه يجوز إذا أجازَه شريكُه، ويشاركُهُ في المقبوض، ويرجعان على الغريم، فإذا كان كذلك وجبَ أن ينفذَ في حقّه، ثمَّ يكون شريكُه بالخيار إن شاءَ شاركه فيما قبض، ويكونُ الدَّين بينهما، وإن شاءَ رجع على المسلَّم إليه كسائر الديون، وكإقالة نصيبه المعيَّن في العبد المبيع المشترك.

[٢]قوله: لهما أنّه...الخ؛ تقريره: إنّ هذا الصلحَ على تقديرِ صحَّتِه لا يخلو: إمَّا أن يصحّ في نصيبه خاصَّة، أو في نصيبهما جميعاً، وعلى الشقِّ الأوّل لزمَه قسمةُ الدَّينِ في الذمّةِ قبل القبض، وهذا غير جائز.

ووجه اللُّزوم: إنّ خصوصيَّة نصيبه لا تظهرُ إلاّ بالتمييز، وهو لا يحصلُ إلا بالقسمة، وعلى الشقِّ الثاني فلا بُدَّ من إجازة الآخر، وهي غير موجودة(٢).

وأمّا القياس على الإقالة قياسٌ مع الفارق، فإنّ العينَ هاهنا أصلٌ لوجودِ العقد، حتى لا يجوزَ العقد إلا لوجودها، فكذا يكون أصلاً لصحّة الرفع؛ لأنّ العينَ موجودةٌ حسّاً ومعاينةً قبل العقد، وكان لكلِّ واحدٍ منهما ولايةُ التصرُّف فيها، ولا يستفيده بالعقد، فكذا رفعُهُ لتمامِ العلّة فيها.

وفي المسلَّم فيه لا يثبتُ الملك إلا بالعقد، ولا ولاية للتصرُّف فيه إلا به، فكان فعلُهما علّةً لثبوتِ الشركة والولاية، فافهم(٣).

---

(١) «تنوير الأبصار»(ص١٧٦).

(٢) ينظر: «العناية»(٨: ٤٣٨).

(٣) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ٤٩).

فصل في التخارج

فإن أُخْرِجَ أحدُ الورثةِ عن عرضٍ أو عقارٍ بمال، أو عن ذهبٍ بفضّة، أو عكسِه، أو نقدين بهما صحّ، قلَّ بدلُهُ أو لا

فصل في التخارج

(فإن أُخْرِجَ[1] أحدُ الورثةِ عن عرضٍ أو عقارٍ بمال، أو عن ذهبٍ بفضّة، أو عكسِه، أو نقدين بهما[2] صحّ، قلَّ بدلُهُ أو لا

[1]قوله: **فإن أخرج...الخ**؛ هذا شروعٌ في مسائل التخارج، وهو في اللغة: ودكَروه روبا روى جنكَ كردن. كذا في «الصراح»، فهو مشتقٌّ من الخروج.

وفي عرف الفقهاء: اصطلاحُ الورثةِ على إخراجِ بعضِهم من الميراثِ بمالٍ معلوم، وأخّره في الذكر؛ لقلّةِ وقوعِه، فإنَّ رضاءَ أحد بأن يخرجَ من البينِ بغير استيفاء حقّه قليل، وسببه طلبُ الخارجِ من الورثة ذلك عند رضاءِ غيره، وله شروط تذكرُ في أثناءِ المسائل إن شاء الله جَلَّلَهُ.

وحاصلُ هذه المسألة: إنّ التركةَ إذا كانت بين الورثة فأخرجوا أحدَهم منها بمال أعطوه إيّاه، والتركةُ عقار أو عروض، أو كانت التركة فضّة فأعطوه ذهباً، أو كان ذهباً فأعطوه فضّة، جازَ في الوجوه كلّها، سواء كان ما أعطوه قليلاً أو كثيراً.

وفيه الأثرُ المشهور: وهو أن تماضر زوجةَ عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحَت عن ربعِ ثمنها على ثمانينَ ألفَ دينار، وقصَّته أنَّ عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه لّما ماتَ كان له أربع نسوة، وإحدى نسائه وهي تماضر الأشجعيّة صالحت عن حصَّتِها أي ربعُ ثمنِها؛ لوجودِ الأولاد على ثمانينَ ألف دينار.

وفي روايةٍ على ثلاثةٍ وثمانينَ ألف درهم، وفي روايةٍ بمئة ألف، وكان هذه المصالحةُ في عهد سيِّدنا عثمان رضي الله عنه بمحضرٍ من الصحابة رضي الله عنهم، وروي أنّه كان نصفُ حقّها(1).

[2]قوله: **أو نقدين بهما**؛ يعني أو عن النقدين، وبالنقدين بأن كان في التركة دراهم ودنانير، وبدل الصلح أيضاً دراهم ودنانير.

---

(1) ينظر: «نصب الراية»(5: 216 - 218).

وفي نقدينِ وغيرِهما بأحدِ النَّقدين لا إلاّ أن يكونَ المُعطى أكثر من قسطِهِ من ذلك الجنس

إنَّما يصحُّ عن النَّقدين: أي الدَّراهم والدَّنانير بهما سواء قلَّ البدلُ أو كثر؛ لأنَّه يصرفُ[1] الجنسَ إلى خلافِ الجنسِ[2] على ما عُرِفَ في «كتاب الصَّرف».

(**وفي نقدينِ وغيرِهما[3] بأحدِ النَّقدين لا إلاّ أن يكونَ المُعطى أكثر من قسطِهِ من ذلك الجنس**)

[1]قوله: **لأنَّه يصرف**...الخ؛ هذا استدلالٌ على صحَّة الصلحِ عن نقدين بها.

وجملةُ الاستدلالِ في هذا المسألة: إنَّ هذا الصلحَ يحملُ على المبادلة؛ لكونِهِ صلحاً عن عين، ولا يمكنُ حملُهُ على الإبراءِ عمَّا زادَ من نصيبه؛ لأنَّ الإبراءَ عن الأعيانِ الغير المضمونةِ لا يصحّ، فتعيَّنَ البيع، وبيعُ العروض والعقار جائز، سواءً كان بالقليل أو بالكثير، وكذا بيعُ الذَّهب بالفضة، والفضة بالذهب؛ لعدمِ الرِّبا لكون الجنسِ مختلفاً.

ولا يقال: إنَّ هذا الصلحَ لو كان محولاً على البيعِ فلا بدّ أن يشترطَ فيه معرفةُ مقدارِ حصَّته من التركة، فإنَّ جهالتَه مفسدةٌ للبيع؛ لأنّا نقول: الجهالةُ مطلقةٌ لا تفسدُ البيع، بل إذا كانت مفضيةٌ إلى المنازعة وإلا فلا.

[2]قوله: **إلى خلاف الجنس**؛ فلا يعتبر التساوي، لكن يعتبرُ التقابض في المجلس؛ لكونه صرفاً إلا أنَّ الوارثَ الذي في يدهِ بقيّة التركةِ إن كان جاحداً لكون التركةِ في يده، فيكتفى بالقبض السابق، ولا يحتاجُ إلى تجديدِ القبض؛ لأنّه قبضُ ضمان، فإنّ الأمانةَ بالجحودِ مضمونة، فينوبُ عن قبضِ الصلح.

وإن كان مضرّاً له فلا بُدَّ من تجديدِ القبض، بأن يرجعَ إلى موضعٍ فيه العين، ويمضي وقتٌ يتمكّنُ فيه من قبضِه؛ لأنّه قبضُ أمانة، فلا ينوبُ عن قبضِ الصلح، والأصلُ فيه: إنّه متى تجانسَ القبضانِ نابَ أحدُهما عن الآخر، وإن اختلفا نابَ المضمونُ عن غيرِ المضمون، وغير المضمونِ عن المضمون. ذكره في «الكفاية»[1]، وغيرها.

[3]قوله: **وفي نقدين وغيرهما**...الخ؛ يعني إذا كانت التركةُ ذهباً وفضّة وغير ذلك

(1) «الكفاية»(٧: ٤١٠).

وبطلَ الصُّلحُ إن شرطَ فيه لهم الدَّين من التركة

أي إذا كان المعطي مئه درهم، يجبُ أن يكونَ المئةُ أكثرَ من حصّتِهِ من الدَّراهم؛ ليكون ما يساوي حصّتَهُ في مقابلتِها، وما فَضُلَ في مقابلةِ غيرِ الدَّراهم؛ وذلك لأنَّ[1] الصُّلحَ لا يجوزُ بطريقِ الإبراء؛ لأنَّ التَّركةَ أعيان، والبراءُ عن الأعيانِ لا يجوز

(**وبطلَ الصُّلحُ**[2] **إن شرطَ فيه لهم الدَّين من التركة**): يعني إن أخرجَ أحدُ الورثة، وفي التركةِ ديون، فشرط أن يكونَ الدُّيون لبقيّة الورثة، بطلَ الصُّلحُ

من العقارِ والعروض، وكانت التركةُ مشتملةً على هذه الأجناسِ فأخرجَ الورثةُ أحدهم بأحد النقدين، وأعطوه إمّا فضّةً أو ذهباً، فلا يصحُّ الصلحُ إلاّ إذا كان ما أعطوه أكثرَ من نصيبهِ من ذلك الجنس؛ ليكون نصيبُه بمثلِه، والزيادةُ بمقابلةِ حقِّه من بقيّة التركة.

ولا بُدَّ من التقابض فيما يقابل نصيبَه من الذهبِ والفضّة؛ لأنّه صرفٌ في هذا القدر، أو كان مقدارُ نصيبه مجهولاً بطل الصلح. صرّح به في «العناية»(1)، وغيرها.

وذكر في «الكفاية»(2): قال الحاكمُ أبو الفضل ﷺ: إنّما يبطلُ الصلح على مثل نصيبه أو أقلّ من مال الربا في حال التصادق، وأمّا في حال المناكرةِ فالصلحُ جائز؛ لأنّه يعطي المال لدفعَ الخصومة، فلا يتمكّن فيه الربا، وقيل: إنّه باطلٌ في الوجهين؛ لأنّه معاوضةٌ في حقِّ المدّعي، فيتمكّن فيه الرّبا. انتهى.

[1]قوله: **وذلك لأنّ الصلح**...الخ؛ يعني اشتراطُ كونِ المعطى أكثر من نصيبه من ذلك الجنسِ في صحَّة ذلك الصلح أنّ الصلح لا يجوزُ بطريق الإبراءِ عن الأعيان، فإنّ الإبراءَ عن الأعيانِ باطل؛ لأنَّ الإسقاطَ إنّما يستعملُ في الديون لا في الأعيان.

وما نحن فيه من الأعيانِ لا من الديون، فتعيّن تجويزُهُ بطريقِ المعاوضة، ولا يمكنُ هاهنا؛ لأنّه يبقى من التركة بلا ثمن في ضمنِ المعاوضة، فصار ربا، فلا جرمَ أن يزيدَ على نصيبه؛ لئلا يلزم الربا.

[2]قوله: **بطل الصلحُ في الكلّ**؛ أي في الدَّين والعين جميعاً، أمّا في حصَّة الدَّين؛ فلأنَّ فيه تمليك الدين الذي هو حصَّة المصالحِ من غير مَن عليه الدَّين وهم

---

(1) «العناية»(7: 410).

(2) «الكفاية»(7: 410).

فإن شرطوا براءةَ الغرماءِ منه، أو قضوا نصيبَ المصالح منه تبرُّعاً، أو أقرضوه قَدْرَ قسطِهِ منه، وصالحوا عن غيره

لأنّه تمليكُ الدَّين[1] من غيرِ مَن عليه الدَّين، فَذَكَرَ لصحّة الصلح حيلاً[2]، فقال: (**فإن شرطوا**[3] **براءةَ الغرماءِ منه، أو قضوا نصيبَ المصالح منه تبرُّعاً، أو أقرضوه قَدْرَ قسطِهِ منه، وصالحوا عن غيره**

الورثة، وأمّا حصَّة العين؛ فلأنّه لّما بطلَ حصَّة الدينِ بطلَ في العين أيضاً؛ لأنَّ الصفقةَ واحدة، سواء بيّن حصَّةَ الدَّين أم لا، وهذا مذهبُ الإمام، وينبغي أن يجوزَ عندهما في غير الدَّين إذا بيّن حصّته.

وأصل الخلاف فيما إذا جمع بين عبدٍ وحر، أو شاة ذكية وميّتة، وباعهما صفقةً واحدة، وبيّن حصة كلّ واحدٍ فيها من الثمن، بطلَ في الكلّ عنده، وصحَّ في العبد والشاة الذكية عندهما، وتقدّم ذكره فيما سبق.

[1]قوله: **لأنّه تمليك الدين**...الخ؛ فإنَّ المصالحَ يصيرُ مملكاً نصيبه من الدَّين من سائر الورثةِ بما يأخذ منهم من العين. كذا في «الكافي».

[2]قوله: حيلاً؛ أي ثلاثُ حيلٍ فالأولى ما ذكرَه بقوله: فإن شرطوا براءة الغرماء، والثانية: ما ذكره بقوله: أو قضوا نصيبَ المصالح منهُ تبرّعاً، والثالثة: ما ذكره بقوله: أو أقرضوه قدرَ قسطه منه... الخ.

[3]قوله: **فإن شرطوا**...الخ؛ قال في «الهداية»[1]: وإن شرطوا أن يبرأ الغرماءُ منه، ولا يرجعُ عليهم بنصيبِ المصالحِ، فالصلحُ جائز؛ لأنّه إسقاطُ أو تمليكِ الدَّينِ ممّن عليهِ الدّين، وهو جائز، وهذه حيلةُ الجواز، وأخرى أن يعجّلوا قضاءَ نصيبه متبرّعين، وفي الوجهين ضررٌ لبقيّة الورثة.

والأوجه: أن يقرضوا المصالحَ مقدارَ نصيبِه، ويصالحوا عمّا وراءَ الدَّين، ويحيلهم على استيفاءِ نصيبِهِ من الغرماء. انتهى.

وقال الزَّيْلَعِيُّ في «شرحِهِ على الكنز»[2]: وهذا في الوجهين ظاهر؛ لأنّهم إذا أعطوا المصالح شيئاً بمقابلةِ الدَّينِ أو قدرِ الدَّينِ ولم يحصلْ لهم الدَّينِ بمقابله، فانتفى الضررُ عنهم إلا ضررُ القديم، فإنَّ العينَ خيرٌ من الدَّين.

---

(1) «الهداية»(٣: ٢٠١).

(2) «تبيين الحقائق»(٥: ٥١).

وأحالهم بالقرضِ على الغرماءِ صحٌ

وأحالهم[1] بالقرضِ على الغرماءِ صحٌ).

الحيلة الأولى: أن يشترطوا أن يُبْرِئَ المصالح الغرماء عن حصّتِهِ من الدَّين، ويصالح عن أعيانِ التَّركةِ بمال، وفي هذا الوجهِ فائدةٌ لبقيّةِ الورثة[2]؛ لأن المصالحَ لا يبقى له على الغرماء حقٌّ لا أن حصّتَهُ من الدَّينِ تصيرُ لهم.

والثَّانيةُ: إن بقيّةَ الورثةِ يؤدُّون إلى المصالحِ نصيبَه نقداً، ويحيلُ لهم حصّتَه من الدَّينِ على الغرماء، وفي هذا الوجهِ يتضرَّرُ بقيَّةُ الورثة؛ لأنَّ النقدَ خيرٌ من الدين.

والثَّالثةُ: وهي أحسنُ الطُّرق، وهي الإقراض، فلنفرض أن حصّةَ المُصالح من الدَّين مئةُ درهم ومن العين مئة أيضاً، وهم يصالحونَ على الدَّراهم فلا بُدَّ أن يكونَ بدلُ الصُّلحِ أكثرَ من مئة، وهو مئةٌ وعشرةُ دراهم، فيقرضونَهُ مئة، وهو يحيلُهم بالمئة على الغرماء، وهم يقبلونَ الحوالةَ، ثُمَّ يصالحونَ عن غير الدَّينِ على عشرة، فإن كان غير الدَّين بحيث يجوزُ الصُّلْح عنه بعشرة فظاهر، وإن لم يكن يزادُ على العشرةِ شيءٌ آخر، كسكينٍ مثلاً؛ ليكون العشرةُ في مقابلِ العشرة، والباقي في مقابلة السكين.

والأوجه منه أن يبيعوه كفّاً من تمرٍ أو نحوَهُ بقدرِ الدَّين، ثمّ يحيلهم على الغرماءِ أو يحيلهم ابتداءً من غير بيع شيء ليقضوه له، ثمَّ يأخذوه لأنفسهم. انتهى. فتفكّر فيه واحفظه.

[1]قوله: **وأحالهم**...الخ؛ أي أحال المصالحُ الورثةَ فدفعَ عنهم ضرر إقراضه، وانتفعوا بمصالحتِه عمَّا وراءَ الدَّين.

[2]قوله: **وفي هذا الوجه فائدةٌ لبقيّة الورثة**؛ أي في اشتراطِ إبراءِ المصالح الغرماءَ من حصَّته من الدَّين، والمصالحةُ عن أعيانِ التركةِ بمالٍ فائدةٌ لبقيّة الورثة؛ لأنَّ المصالحَ لا يبقى له على الغرماءِ حقّ، فالغرماءُ يتعجّلون في الأداء؛ لأنّ أداءَ البعضِ أسهلُ من أداءِ الكلّ، والتعجيلُ فائدتُهُ للورثة.

وفي بعض النسخ: لا فائدةَ لبقيّة الورثةِ لكنَّ قوله: فإنَّ المصالح... الخ؛ ينافيه، نعم وجهُ عدمِ فائدتهم أنّهم لا يتمكنهم الرجوعُ على الغرماءِ بقدر نصيب المصالح، كما

وفي صحّةِ الصُّلْحِ عن تركةٍ جُهِلَت على مكيل أو موزون اختلافٌ

(وفي صحَّةِ الصُّلْحِ عن تركةٍ جُهِلَت على مكيل أو موزون[١] اختلافٌ)، فعند بعضِ المشايخ رحمهم الله: لا يجوزُ[٢] لشبهةِ[٣] الرِّبا، وعند البعضِ: يجوز[٤]؛ لأنَّ[٥] هاهنا شُبْهةَ شُبْهة الربا، ولا اعتبار لها؛ لأنّه يحتملُ أن يكونَ في التَّركةِ من جنسِ بدل الصُّلح

ذكره في «الكافي» وغيره.

[١]قوله: **على مكيلٍ أو موزون**؛ متعلّقٌ بالصلح، يعني إذا لم يكن في التركة دينٌ وأعيانها غير معلومة، وأريدَ الصلحُ على مكيلٍ أو موزون، قيل: يصحّ، وقيل: لا يصحّ؛ أمّا عدمُ الصحَّة فلاحتمال أن يكون في التركةِ مكيل أو موزونٌ من نصيبه، من ذلك مثلُ بدلِ الصلح فيكون ربا.

وأمّا الصحَّة فلاحتمال أن لا يكون في التركةِ مكيلٌ أو موزون، وإن كان فيحتملُ أن يكون نصيبُه أقلّ من بدلِ الصلح، فكان القولُ بعدمِ الجوازِ مؤدّياً إلى اعتبارِ شبهة الشبهة، ولا اعتبار لها، هذا هو الصحيح، صرَّحَ به الزَّيْلَعِيُّ(١)، وغيره.

[٢]قوله: **لا يجوز**؛ وهو قول الإمام ظهير الدين المَرْغِينانِيّ. كذا في «الكفاية»(٢).

[٣]قوله: **لشبهة**؛ فإنَّ التركةَ يحتمل أن يكون فيها كيليّ أو وزنيّ، وبدل الصلحِ مثل نصيبِ المصالحِ من ذلك أو أقلّ، فإن ما زادَ على بدل الصلحِ من نصيبِ المصالح يكون رباً لا محالة.

[٤]قوله: **يجوز**؛ وهو قولُ الفقيه أبي جعفر الهِنْدُوانِيُّ رحمه الله. كذا في «الكفاية»(٣).

[٥]قوله: **لأنّ هاهنا**...الخ؛ حاصله: إنَّ في التركةِ يحتملُ أن لا يكون فيها كيليّ أو وزني، وبدل الصلحُ مثل نصيبِ المصالحِ في ذلك، وعلى تقدير أنَّ يكون كذلك يحتملُ أن يكون نصيبُهُ أقلّ من بدلِ الصلح، فكان القولُ بعدمِ الجوازِ مؤدّياً إلى اعتبارِ شبهةِ الشبهة، وهي ساقطةُ الاعتبار.

وقال قاضي خان في «فتاواه»: الصحيحُ ما قالَه الفقيهُ أبو جعفر رحمه الله؛ لأنَّ الثابتَ

---

(١) في «تبيين الحقائق»(٥: ٥٢).

(٢) «الكفاية»(٧: ٤١٢).

(٣) «الكفاية»(٧: ٤١٢).

ولو جُهِلَتْ وهي غيرُ المكيلِ والموزونِ في يدِ البقيَّةِ صحٌّ في الأصح

وعلى تقديرِ أن يكونَ من جنسِهِ يَحتملُ أن يكونَ زائداً على بدلِ الصُّلح، واحتمال الاحتمال يكون شُبهة الشُّبْهة[1].

(ولو جُهِلَتْ[2] وهي غيرُ المكيلِ والموزونِ في يدِ البقيَّةِ صحٌّ في الأصح)، وجهُ عدم الصِّحّة[3]: أن هذا الصُّلْحَ بيعٌ لا إبراء؛ لأَنَّ البراءةَ عن الأعيان لا يجوز، وإذا كان بيعاً، فأحدُ البدلين مجهول، فلا يصحُّ. وجهُ الصَّحةِ[4]: أن التَّرِكَةَ إذا كانت في يدِ بقيَّةِ الورثة، فالجهالةُ لا تُفْضِي إلى المنازعة فيجوز.

هاهنا شبهة الشبهة، وذلك لا يعتبر(1).

[1]قوله: **يكون شبهة الشبهة**؛ لأنّه ولو علم أعيان التركة، ولكن جهلَ قدر بدلِ الصلح من نصيبِ المصالح يكون شبهة، فإذا لم يعلم أعيانَ التركةِ يكون شبهةُ الشبهة؛ لأنّه يحتمل أن يكون في التركةِ كيلي أو وزني، ويحتمل أن لا يكون، كما مرَّ غير مرّة.

[2]قوله: **ولو جهلت**...الخ؛ يعني لو كانت التركةُ مجهولة، وهي ليست ممّا يكال أو يوزن، بل هي أعيان، فصالحوا على مكيلٍ أو موزون أو غير ذلك، فقيل: لا يصحّ، والأصحَ أنّه يصحّ.

[3]قوله: **وجه عدم الصحّة أن**...الخ؛ يعني دليلُ حكمِ عدم الصحّة على ما قال به بعضُهم: إنّ هذا الصلحَ إمّا بيعٌ أو إبراء، والشقُّ الثاني باطل، فإنَّ المصالحَ عين، والإبراءُ عن العين باطل، وعلى الشقِّ الثاني كون التركةِ مجهولةً مانعٌ عن الجواز، فإنَّ بيعَ المجهولِ لا يجوز.

[4]قوله: **وجه الصحّة أنّ**...الخ؛ يعني دليلُ حكمِ الصحَّة كما هو المختار أنّ هذا بيع، وكونِ التركةِ مجهولة لا يمنعُ جوازَ البيع، فإنَّ الجهالةَ مطلقة لا تمنعه، بل إذا كانت مفضيةً إلى المنازعة.

والتركةُ لّما كانت في يدِ بقيّة الورثةِ فجهالتها لا تفضي إلى المنازعة، فإنّه لا تحتاجُ حينئذٍ إلى التسليم؛ ولهذا قالوا: إن بعضَ التركةِ لو كان في يدِ بقيَّة الورثةِ ولا يعرفون ما مقداره فلا يجوزُ الصلح؛ لأنّه يحتاجُ إلى التسليم، فجهالتُه تفضي إلى المنازعة.

---

(١) ينظر: «الكفاية»(٧: ٤١٢ - ٤١٣).

وبطلَ الصُّلحُ والقسمةُ مع دينٍ محيطٍ للتَّركة. ولا يصالحُ قبل القضاءِ في غيرِ محيط، ولو فعلَ قالوا صحٌّ، ووُقِفَ قَدْرُ الدَّين، وقُسِّمَ الباقي استحساناً، ووَقْفُ الكلِّ قياساً

(**وبطلَ الصُّلحُ**[١] **والقسمةُ مع دينٍ محيطٍ للتَّركة.**

ولا يصالحُ قبل القضاءِ في غيرِ محيط، ولو فعلَ قالوا صحٌّ): أي لا ينبغي أن لا يصالحَ[٢] قبل قضاءِ الدَّينِ في دينٍ غير محيط، ولو صولح، فالمشايخ رضي الله عنهم قالوا: صحٌّ؛ لأنَّ التَّركةَ لا يخلو عن قليلِ دين، والدائنُ قد يكون غائباً، فلو جُعِلَتِ التَّركةُ موقوفةً يتضرَّرُ الورثة، والدَّائنُ لا يتضرَّر؛ لأنَّ على الورثةِ قضاءَ دينِه، (**ووُقِفَ قَدْرُ الدَّين، وقُسِّمَ الباقي استحساناً، ووَقْفُ الكلِّ قياساً**)، وجهُ القياسِ[٣]: أن الدَّينَ يتعلَّقُ بكلِّ جزءٍ من التَّركةِ

[١]قوله: **وبطل الصلح**...الخ؛ يعني إذا كان على الميِّت دينٌ مستغرق للتركةِ بطل الصلح مع أحدِ الورثة ليخرجوه عنها، وقسمةُ التركة بينهم، فإنّ الورثةَ لا يملكون التركةَ في هذه الحالة، فإنَّ الدَّينَ المستغرقَ يمنعُ وقوعَ الملكِ في التركة؛ لتقدّم قضاء الدَّين على الإرث.

وقال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(١): ولو ضمنَ رجلٌ بشرطِ أن لا يرجعَ في التركةِ جازَ الصلح؛ لأنّ هذا كفالةٌ بشرطِ براءةِ الأصيل، وهو الميِّت، فتصيرُ حوالة، فيخلو مالُ الميّت عن الدَّين، فيجوز تصرُّفهم فيه. انتهى.

وذكر الطَّحْطَاويّ نقلاً عن «الظهيريّة»: ولو لم يضمنْ الوراثُ ولكن عزلوا عيناً لدينِ الميّت فيه وفاءً بالدين، ثم صالحوا في الباقي على نحو ما قلنا جاز. انتهى. قال العلامة المقدسيّ: فلو هلكَ المعزولُ لا بدَّ من نقضِ قسمته. انتهى ما في «حاشية الطحطاويّ»(٢).

[٢]قوله: **ينبغي أن لا يصالح**؛ لتقدّم حاجةِ الميّت، أعني قضاءَ دينه، فيكره، وهل هي تنزيهيّة أو تحريميّة، ففيه اختلاف.

[٣]قوله: **وجه القياس أنّ الدَّين**...الخ؛ حاصله: إنَّ الدَّين يمنعُ تملك الوارث،

---

(١) «تبيين الحقائق»(٥: ٥٢).

(٢) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٣٦٠).

....

ووجهُ الاستحسانِ[١] لزومُ ضررِ الورثة.

ومن المسائلِ المهمة: أنّه هل يشترطُ لصحَّة الصُّلحِ[٢] صحَّة الدَّعوى أم لا؟ فبعضُ النَّاسِ يقولون: يشترط، لكن هذا غيرُ صحيح؛ لأنَّه إذا ادَّعى حقّاً مجهولاً في دار فصولح على شيءٍ يصحُّ الصُّلحُ على ما مرَّ في باب الحقوق والاستحقاق، ولا شكَّ أنَّ دعوى الحقِّ المجهولِ دعوى غيرُ صحيحة، وفي «الذَّخيرة» مسائلُ تؤيِّدُ ما قلنا.

فإنَّ كلَّ جزءٍ من التركةِ مشغولٌ بالدَّين؛ لعدمِ الأولويّة بالصرفِ إلى جزء دون جزء، فصار كالمستغرق، فيمنع من دخوله في ملك الورثة، فلا تجوز القسمةُ قبل قضائه.

[١]قوله: ووجه الاستحسان لزوم...الخ؛ حاصله: إنّ الإنسانَ لا يخلو عن دينٍ قليل، فغيرُ المستغرقِ من الدَّين لو منعَ تملُّك الوارثِ أدّى إلى الحرج، أو إلى أن لا يملكوا أصلاً، فقلنا بأنّهم يملكونه دفعاً للضَّرر عنهم إلا أنّهم يرجعونَ من التركةِ قدرَ الدَّين، ويترك حتى يقضى به الدين، كيلا يحتاجون إلى نقض القسمة.

[٢]قوله: هل يشترط لصحَّة الصلح...الخ؛ ذكر في «التنوير»(١)، وغيره: إنّ الصلحَ عن الدعوى الفاسدة يصحّ، وعن الدعوى الباطلةِ لا يصحّ، والدعوى الفاسدة ما يمكن تصحيحها، كالدعوى التي وقعَ فيها التناقض، فيمكن تصحيحُها بالتوفيقِ في التناقض، والدعوى الباطلة لا يمكنُ تصحيحها.

كما إذا ادّعى أنّها أمته فقالت: أنّا حرّة الأصل، فصالحها عنه، فهو جائز، وإن أقامت بيّنة على أنّها حرّة الأصل فالصلح باطل، إذ لا يمكنُ تصحيحُ هذه الدَّعوى بعد ظهور حريَّة الأصل، ومن الباطلة الصلحُ عن دعوى حدّ، وعن دعوى أجرة نائحةٍ أو مغنيّة أو تصويرٍ محرّم. كما صرَّحوا به.

وقال في «الفتاوى البزَّازيّة»: والذي استقرَّ عليه فتوى أئمّة خوارزمَ أنَّ الصلح عن فاسدةٍ لا يمكنُ تصحيحها لا يصحّ، والذي يمكن تصحيحُها كما إذا تركَ ذكرَ الحدّ أو غلطَ في أحد الحدود يصحّ. انتهى.

---

(١) «تنوير الأبصار»(ص١٧٥).

....

....

وقال الاسبيجابي في «شرح الطحاوي»: الصلحُ الذي هو فاسدٌ من قبلهما كما إذا ادّعى خمراً أو خنزيراً فصالحَ عن الدَّعوى على شيءٍ آخر فالصلحُ فاسد، وكذا إذا ادّعت المرأةُ على زوجِها أنّها حرمت عليه بالطلاقِ الثلاث، فصالحَها على مالٍ على أن تتركَ الخصومة، فالصلح فاسد؛ لأنّه غيرُ جائزٍ من قبلهما جميعاً. انتهى.

وإذا عرفت هذا علمتَ أن الصلحَ لا يصحُّ عن الدَّعوى التي لا يمكن تصحيحها بوجهٍ من الوجوه، فقوله: هل يشترطُ لصحَّة الصلح صحةِ الدّعوى؟ لا يوجبُ كون الدعوى الباطلةِ كالفاسدة في صحَّة الصلحِ عنها، بل المتبادر أنّه أراد الفاسدةَ لا الباطلة، إذ لا وجهَ لصحَّة الصلحِ عنها، كالصلحِ عن دعوى الربا، وأجرة النائحة والمغنيّة وغيرها.

وما استندَ إليه الشارح ﷺ من أنّه إذا ادّعى حقّاً مجهولاً في دارٍ فصولحَ على شيءٍ يصحُّ الصلح، لا يفيد الإطلاق، بل إنّما صحَّ الصلحُ فيه؛ لأنَّ الدعوى يمكن تصحيحها بتعيين الحقِ المجهول وقت الصلح، فقوله: لكنَّ هذا غير صحيح: أي اشتراطُ صحَّة الدَّعوى لصحّة الصلح غيرُ صحيح، ما أراد به؟ إن أرادَ بعدم الصحّةِ ما يشملُ الباطلة، فهو باطل، وإن أراد الفاسدَ فلم يثبت المخالفةَ بالدَّليل، فتأمّل.

***

كتاب المضاربة[1]

[١]قوله: كتاب المضاربة؛ وجه مناسبته بالصلح أنّ المضاربةَ كالمصالحةِ من حيث أنّها تقتضي وجودُ البدلِ من جانبٍ واحد.

فإن قلت: إنَّ الصلحَ إذا كان عن مالٍ يكون بيعاً، والبيعُ يقتضي وجوبُهُ المبادلةُ من الجانبين.

قلنا: لا يلزم المناسبةُ من كلِّ الوجوه، وقد اعتبرت هاهنا في قسمين من الصلح: أعني الصلحُ عن إنكارٍ أو سكوت.

والمضاربةُ في اللُّغة: انبازي كردن دوكس بمال وتن. كذا في «الصراح»، مشتقةٌ من: ضربتُ في الأرض: سافرت، وفي «السير»: أسرعت، قال الله جَلَّ جَلالُهُ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾[1]، معنى يسافرونَ في الأرضِ للتِّجارة، وسمّي هذا العقدُ بها؛ لأنَّ المضاربَ يسيرُ في الأرضِ غالباً لطلبِ الرِّبح.

وأهل الحجازِ يسمّون هذا العقد: مقارضةً وقراضاً من القرض، وهو القطع، فإنَّ صاحبَ المالِ يقطع قدراً من مالِه ويُسلِّمَه للعامل، وأصحابُنا اختاروا لفظَ المضاربة؛ لموافقةِ لفظ النصّ.

وفي الشرعِ ما ذكرَه المصنِّف ﷺ بقوله: هي عقدُ شركةٍ في الربح بمالٍ من أحدٍ وعملٍ من آخر.

وركنُها: الإيجابُ والقبول؛ بأن يقول ربُّ المال: دفعتُ هذا المال إليك مضاربةً أو معاملة، أو خذْ هذا المال واعملْ به على أنَّ ما رزقه الله تعالى بيننا نصفان، أو نحو ذلك من ألفاظٍ تثبتُ بها المضاربة، ويقول المضارب: قبلت ونحوه.

وشرطُها: كون رأسِ المال من الأثمانِ وهو معلوم، وكفت فيه الإشارة، وكونُ رأسِ المالِ مُسلَّماً إلى المضارب، وكونُ الرِّبحِ بينهما شائعاً وكونُ نصيبِ كلٍّ منهما معلوماً، كما سيأتيك تفصيلُهُ إن شاءَ الله تعالى.

---

(١) المزمل: ٢٠.

هي عقدُ شركةٍ في الرِّبح

(هي عقدُ شركةٍ في الرِّبح[1]

وحكمُها: ذكره المصنِّف ﷺ بقوله: وهي إيداعٌ...الخ، وهي مشروعةٌ بإطلاقِ الآيةِ المذكورة، فإنَّ سفرَ الإنسانِ للتجارةِ قد يكون بمالِ نفسه، وقد يكون بمالِ غيره؛ ولأنَّ من الناس مَن هو صاحبُ المال، وهو لا يهتدي إلى التصرّف فيه، ومنهم مَن هو بالعكس، فشرعت المضاربة؛ لانتظامِ المصالح.

وقد بعثَ رسول الله ﷺ والناسَ يتعاملون بها فأقرّهم رسول الله ﷺ عليها، وروى ابنُ عبَّاس بن عبد المطلب ﷺ كان إذا دفعَ مالاً شرطَ عليه أن [لا] يسلك به بحراً، وأن لا ينْزلَ وادياً، ولا يشتري ذاتَ كبدٍ رطب، فإن فعل ذلك ضمنَ، فبلغَ ذلك رسولُ الله ﷺ فاستحسنَه، ذكرَ هذه الروايةِ الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(١).

وروى مالك ﷺ: «أنَّ عبد الله وعبيد الله بن عمر ﷺ خرجا إلى العراقِ فأعطاهما أبو موسى الأشعريّ ﷺ من مالِ الله على أن يبتاعا منه متاعاً ويبيعاهُ بالمدينة، ويؤدِّيا رأس المال إلى أميرِ المؤمنين والربحُ لهما، فلمّا قدما المدينةِ ربحا.

فقال عمر ﷺ: أكلَ الجيش أسلفه كما أسلفكما، فقالا: لا، فقال: إبنا أميرَ المؤمنين أسلفكما أرباح المال وربحه، فراجعه عبد الله ﷺ، وقال: ما ينبغي هذا يا أميرَ المؤمنين، لو هلكَ المال أو نقصَ لضمنّاه.

فقال لعمر ﷺ بعض جلسائه: لو جعلته قراضاً، فأخذَ عمرُ ﷺ المالَ ونصَّفَ ربحَهُ وأعطاهما النصف»(٢)، ذكر هذهِ الرواية العلامةُ الشُّمُنِّيّ(٣)، فصارت مشروعةً بالكتاب والسنّة والإجماع.

[١]قوله: **هي عقد شركة في الربح**؛ ربح - بفتحتين وبالكسر مع السكون -: سود، مثل شبه وشبه. كذا في «الصراح»، ربحَ في تجارته ربحاً من بابِ تعب، وربحت تجارته فهي رابحة، وقال الأَزْهَرِيُّ: ربح في تجارته إذّا فضلَ فيها. كذا في «المصباح»(٤).

---

(١) «تبيين الحقائق»(٥: ٥٢ - ٥٣).

(٢) في «الموطأ»(٢: ٦٨٧)، وغيره.

(٣) في «كمال الدراية»(ق٥٢٣).

(٤) «المصباح المنير»(ص٢١٥).

بمالٍ من رجل وعملٍ من آخر.وهي إيداعٌ أوّلاً

بمالٍ من رجل وعملٍ من آخر[١].

[حكمها:]

وهي إيداعٌ أوّلاً[٢]

والمرادُ بالرِّبح هاهنا ما يسمّى ربحاً في العرف، فلا ينقضُ التعريفُ بالمزارعة، إذا كان البذرِ من قبل صاحب الأرض؛ لأنَّ الحاصلَ من الزراعةِ يسمَّى في العرف بالخارجِ لا بالربح، وإن صدقَ عليه الربح لغة، ولَمّا كان عقدُ الشركةِ في الربحِ غيرُ مستلزمٍ لوجود الربح، فلا يرد أنّه قد لا يوجد الربح أصلاً، فنقضَ التعريف جمعاً.

وقيد الشركةِ في الربح؛ للاحترازِ عمّا إذا لم يشتركا في الرِّبح، فإنَّ العقدَ حينئذٍ يخرجُ إلى البضاعة أو القرضِ كما سيأتيك تفصيله، وعن الشركةِ في رأس المالِ لا غير، فإنّه لا يكون العقدُ مضاربةً أيضاً حينئذٍ، وعمّا إذا شرطا فيها الربح لأحد، فإنّها لا تكون مضاربةً كما هو الظاهر.

[١]قوله: **بمال من أحدٍ وعمل من آخر**؛ فالربحُ يستحقُّ بالمالِ من أحد الجانبين، والعملُ من الجانب الآخر، ولا مضاربةَ بدون هذه الشركة، وقد فسَّرَ بعضُهم بأنّها دفعُ المال إلى غيره، ليتصرَّفَ فيه، ويكون الربح بينهما على ما شرط.

[٢]قوله: **وهي إيداعٌ أوّلاً**؛ يعني إنَّ المضاربةَ إيداعٌ حكماً في أوَّل أوقاتِها، وهو زمانٌ بعد القبض وقبل العمل، فالمضاربُ يكون أميناً حينئذٍ، فإنَّه قبضَ المالَ بإذنِ مالكِهِ لا على جهةِ المبادلةِ والوثيقةِ بخلافِ المقبوضِ على سوم الشراء؛ لأنّه مقبوضٌ على جهةِ المبادلة، وبخلافِ المرهون، فإنّه مقبوضٌ على جهةِ الوثيقة.

قال الشُّمُنّيُّ ﷺ في «كمال الدراية»[١]: وفي «شرح الطحاوي»: والحيلةُ في أن يصيرَ المالُ مضموناً على المضاربِ أن يقرضه من المضارب، ويشهد عليه، ويُسَلِّمَه إليه، ثمَّ يأخذه منه مضاربةً، ثمَّ يدفعُه إليه؛ ليستعين به في العملِ بجزءٍ شائع في الربح.

فإذا عملَ وربحَ كان الربحُ بينهما على الشرط وأخذَ رأسَ المالِ بالقرض، وإن لم يربحْ أخذَ رأسَ المالِ بالقرض، وإن هلكَ المالُ هلكَ على المستقرضِ وهو العامل.

---

(١) «كمال الدراية»(ق٥٢٣).

وتوكيلٌ عند عملِه، وشركةٌ إن ربح، وغَصْبٌ إن خالف، وبضاعةٌ إن شرطَ كلَّ الرِّبح للمالك

وتوكيلٌ عند عملِه[١]، وشركةٌ[٢] إن ربح، وغَصْبٌ إن خالف[٣]، وبضاعةٌ[٤](١) إن شرطَ كلّ الرِّبح للمالك(٢)

وحيلةٌ أخرى: وهي أن يقرضَ جميعَ المالِ من المضاربِ إلاّ درهماً واحداً ويُسَلِّمُه إليه، ثمّ يعقدا شركة العنان على أن يكون رأسُ [المال] القرضِ درهماً، ورأسُ مالِ المستقرضِ جميع ما استقرضَه على أن يعملا جميعاً على أنَّ الربحَ بينهما، ثمَّ يعملُ فيه المستقرض خاصّة، فإن هلكَ المالُ في يدِه فالقرضُ عليه، وإن ربحَ فالرِّبحُ بينهما. انتهى.

[١]قوله: **وتوكيلٌ عند عمله**؛ يعني وهي توكيلٌ إذا شرعَ المضاربُ في العمل فيه؛ لأنَّ المضاربَ يعملُ لربِّ المالِ بأمره؛ ولهذا يرجعُ بما لَحِقَه من العهدةِ عليه كالوكيل.

[٢]قوله: **وشركة إن ربح**؛ يعني وهي شركةٌ إذا ربحَ المضاربُ في ذلك المال؛ فإنَّ المضاربَ إذا ربحَ صار شريكاً في الربح؛ لحصولِهِ بالمال والعمل.

[٣]قوله: **غصب إن خالف**؛ يعني وهي غصبٌ إن خالفَ المضاربُ ربَّ المال فيما شرطَ عليه؛ لوجودِ التعدِّي منه على مالِ غيره، قال الشُّمُنِّيُّ(٣): وبه قال مالك والشافعي وأحمد ﷺ وأكثرُ أهل العلم.

وعن عليٍّ والحسن والزُّهْرِيّ ﷺ: إنّه لا ضمانَ على مَن شورك في الربح. انتهى. ويكونُ الربحُ في هذه الصورةِ للمضارب، لكنَّه غيرُ طيِّب عند الطرفين.

[٤]قوله: **وبضاعة... الخ**؛ كان ينبغي أن يقال: والبضاع؛ إلا أنَّ الاسمَ قد يستعملُ بمعنى المصدر، كالعطاء بمعنى الإعطاء، وكونها بضاعةً إن شرطَ كلّ الرِّبحَ

---

(١) الإبضاع: وضع السلعة عند آخر ليبيعها دون أن يأخذ على ذلك أجراً. ينظر: «معجم الفقهاء»(ص٣٩).

(٢) لأن المضارب لَمّا لم يطلب لعمله بدلاً وعمله لا يتقوَّم إلا بالتسمية كان وكيلاً متبرعاً، وهذا معنى البضاعة، فكأنه نصّ عليها. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٥٣٨).

(٣) في «كمال الدراية»(ق٥٢٣).

وقرضٌ إن شرطَ للمضارب، وإجارةٌ فاسدةٌ إن فَسَدَتْ

وقرضٌ[١] إن شرطَ للمضارب).

اعلم أنَّ في هذه العبارةِ[٢] تساهلاً، وهو أن المضاربةَ إذا كانت عقدَ شركةٍ في الرِّبح، فكيف تكون بضاعة أو قرضاً، وإنّما قال ذلك بطريق التَّغليب، والحقُّ أن يقول: إن المضاربةَ إيداع، وتوكيل، وشركة، وغصب، ودفعُ المال إلى آخر ليعملَ فيه بشرطِ أن يكونَ الرِّبحُ للمالك بضاعة، وبشرطِ أن يكونَ للعاملِ قرض، فنظم الدَّفع المذكورِ في سِلْكِ المضاربةِ تغليباً.

(وإجارةٌ فاسدةٌ إن فَسَدَتْ[٣]

للمالك؛ لأنَّ المضاربَ لَمّا لم يطلبْ بعمله بدلاً، وعمله لا يتقوّم إلا بالتسمية، كان وكيلاً متبرِّعاً، وهذا معنى البضاعة، كأنّه نصَّ عليها(١).

[١]قوله: **وقرض**؛ إن شرطَ للمضارب؛ لأنَّ المضاربَ لا يستحقُّ الربحَ كلَّه إلا إذا صارَ رأسُ المالِ ملكاً له؛ لأنَّ الربحَ فرعُ المال، فكان تملّكُ المال مقتضي هذا، لكنَّ لفظَ المضاربةِ يقتضي ردّه، فكان قرضاً؛ لاشتمالِه على المعنيين؛ ولأنَّ القرضَ أدنى من الهبة؛ لأنّه يقطعُ الحقَّ عن العين دون البدل، والهبةُ يقطع عنهما، فكان أولى لكونِه أقلُّ ضرراً(٢).

[٢]قوله: **اعلم أنَّ في هذه العبارة**... الخ؛ حاصلُهُ: إنَّه لَمّا ذكرَ أنَّ المضاربةَ عقدُ شركةٍ في الرِّبح بمالٍ من أحد، وعملٌ من آخر، فكيف تكونُ بضاعة لو شرطَ كلُّ الربحِ لربِّ المال، أو قرضاً لو شرطَ كلّه للمضارب، فوقعَ التساهلُ في العبارة.

ويمكن أن يقال: المرادُ إنّه إذا شرطَ بعد عقدِ الشركةِ على وجه المضاربةِ أن يكونَ كلُّ الربحِ للمالكِ يبطلُ المضاربة، ويصير إبضاعاً وإذا شرطَ كلَّ الرَّبح للمضاربِ يصير إقراضاً.

[٣]قوله: **وإجارةٌ فاسدةٌ إن فسدت**؛ أي المضاربة؛ لأنَّ المضاربَ عاملٌ لربِّ المال، وما شرطَ له كالأجرةِ على عمله، ومتى فسدت المضاربةُ ظهرَ معنى الإجارة،

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٥٢٣).

(٢) ينظر: «كمال الدراية»(ق٥٢٤).

فلا ربحَ له عنده، بل أجرُ عملِهِ رَبِحَ أو لا، ولا يزادُ على ما شرطَ خِلافاً لمحمَّد ﷺ

فلا ربحَ له عنده[1]): أي لا ربحَ للمضاربِ عند الفساد، (**بل أجرُ عملِهِ**[2] **رَبِحَ أو لا، ولا يزادُ**[3] **على ما شرطَ خِلافاً لمحمَّد ﷺ**

فالواجبُ للمضاربِ فيها أجرُ المثلِ كالإجارةِ الفاسدة، وهو بدلُ عملِه؛ لأنّه لا يستحقُّ المسمَّى لعدمِ الصحّة، ولم يرضَ بالعملِ مجّاناً فيجب أجر المثل.

[١]قوله: **فلا ربح له عنده**؛ لأنَّ الرِّبحَ كلّه حينئذٍ لربِّ المال؛ لكونه نماء ملكه.

[٢]قوله: **بل أجرُ عمله ربح أو لا**؛ وبه قال الشافعيّ ﷺ وأحمد ﷺ في رواية؛ لأنَّ الأجرَ يجبُ بتسليم المنافعِ أو العمل، وقد وجدَ العمل؛ ولأنّه لم يرضَ بالعمل مجّاناً بسبب العقد، ولا سبيلَ إلى المشروطِ لفسادِ العقد، فلا بُدَّ أن يصارَ إلى أجر المثل.

وعن أبي يوسفَ ﷺ: لا أجرَ له إذا لم يربح، وبه قال مالك ﷺ وبعض أصحابِ أحمد ﷺ؛ اعتباراً بالمضاربةِ الصحيحة، فإنّه إذا لم يربح فيها لا يستحقُّ شيئاً، والفاسدُ من العقدِ يأخذِ حكم صحيحة.

قلنا: أخذُ الفاسدِ حكم صحيحةٍ مطلقاً ممنوع، بل إذا كان انعقادُ الفاسدِ مثلُ انعقادِ الجائزِ كالبيع، وهاهنا ليس انعقادُ الفاسدِ كانعقادِ الجائز، فإنَّ المضاربةَ الصحيحةُ تنعقدُ شركةً لا إجارة، والفاسدةُ تنعقدُ إجارةً لا شركة(١).

[٣]قوله: **ولا يزاد**... الخ؛ يعني ولا يزادُ أجرُ مثلِ عملِه على قدرِ ما شرطَ له من الربح، وهذا عند أبي يوسفَ ﷺ؛ لأنّه رضيَ به خلافاً لمحمّد ﷺ، فإنَّ عنده له أجرُ المثلِ بالغاً ما بلغ، وبه قالت الثلاثة.

والأصلُ فيه: إنَّ الإجارةَ إذا قصدت يجبُ أجرُ المثل، فإنّه إن كان معلوماً لا يزادُ عليه، وإن كان مجهولاً كدابّةٍ أو ثوبٍ يجبُ بالغاً ما بلغ، وإن كان معلوماً من وجهٍ دون وجه، كالجزءِ الشائع مثل النصفِ والربع.

فعند محمّد ﷺ: يجبُ بالغاً ما بلغ؛ لأنّه مجهول، إذ يكثرُ بكثرةِ ما يحصل، وينقصُ بقلّته، وعندهما: لا يزادُ على المسمَّى؛ لأنّه معلومٌ من جملةِ ما يحصل بعمله(٢).

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٥٢٤).

(٢) ينظر: «كمال الدراية»(ق٥٢٤).

ولا يضمنُ المالَ فيها، ولا تصحُّ إلاَّ بمالٍ تصحُّ فيه الشَّركة

ولا يضمنُ[١] **المالَ فيها)**: أي في المضاربةِ الفاسدةِ كما في الصَّحيحة.

[شروطها]:

١.**(ولا تصحُّ إلاَّ**[٢] **بمالٍ تصحُّ فيه الشَّركة.**

[١]قوله: **ولا يضمن... الخ**؛ يعني ولا يضمنُ المضاربُ المالَ بالهلاك في الإجارةِ الفاسدةِ كما لا يضمنُهُ في المضاربةِ الصحيحة؛ لأنّه أمين، فلا يكون ضميناً.

قال الطحاويّ ﷺ: هذا قولُ أبي حنيفةَ ﷺ، وهو بناءً على اختلافهم في الأجيرِ المشتركِ إذا تلفَ المالُ في يدِه هل يضمن أو لا؛ لأنَّ هذا العقدَ بمنْزلةِ الإجارة، والمضاربُ بمنْزلةِ الأجيرِ المشترك؛ لأنَّ له أخذُ المالِ مضاربةً من غيرِ واحد، ولا ضمانَ على الأجيرِ المشترك عنده خلافاً لهما.

وقال أبو جعفر الهِنْدُوانِيّ ﷺ: لا يضمنُ المالَ في المضاربةِ الفاسدةِ عند الكلّ، وقال الإِسْبِيجَابيُّ ﷺ: وهو الأصحّ؛ لأنَّ المالَ في يد المضارب أمانة، سواء صحَّت المضاربةُ أو فسدت؛ لأنَّ ربَّ المال لَمّا قصدَ أن يكون المالُ عنده مضاربةً قصدَ أن يكون أميناً، وله ولاية ذلك، ذكره الشُّمُنِّيُّ(١)، وغيره.

[٢]قوله: **ولا تصحُّ إلا... الخ**؛ يعني ولا تصحُّ المضاربةُ إلا بمالٍ تصحُّ فيه الشركة، وهو أن يكونَ رأسُ المالِ دراهمَ أو دنانيرَ عند الشيخين، أو فلوساً رائجةً عند محمَّدٍ ﷺ، حتى أنَّ المضاربةَ بما سوى هذه الأشياءِ لا تجوزُ إجماعاً.

والسرُّ فيه: إنَّ المضاربةَ شركةٌ في الربح، فلا تصحُّ إلا بما تصحُّ به الشركة، وقال ابن أبي ليلى ﷺ: تصحُّ المضاربةُ في المكيلِ والموزون؛ لأنّها من ذواتِ الأمثال، فتقديرُ رأس المالِ بمثل المقبوض ممكن.

وقال مالك ﷺ: إن المضاربةَ تجوزُ بالعروض؛ لكونها متقوّمةً، يستربحُ عليها بالتجارة عادة، فصارت مثلَ النقدين فيما هو المقصودُ بالمضاربة، وتقديرُ رأسِ المالِ ممكن؛ لكونها متقوّمة؛ ولهذا تبقى المضاربةُ عليها، فجوازُ الابتداءِ بها أولى.

والجوابُ: إنَّ رسولَ الله ﷺ «نهى عن ربحِ ما لم يضمن»(٢)، والمضاربةُ بغيرِ

(١) في «كمال الدراية»(ق٥٢٤).

(٢) في «سنن الترمذي»(٣: ٢٣٥)، وقال: حديث حسن صحيح، و«سنن النسائي»(٤: ٤٣)، و«مستدرك الحاكم»(٢: ٢١)، وغيرها.

....

....

النُّقودِ تؤدِّي إلى ربحِ ما لم يضمن ؛ لكونها أمانةً في يدِ المضارب ، وقد تزدادُ قيمتُها بعد الشراء ، فإذا باعَها شركةً في الربحِ فحصل للمضاربِ ربح ما لم يضمن ، فإنَّ المضاربَ يستحقُّ نصيبَه من غير دخولِ شيءٍ في ضمانه ، والنقودُ ليست كذلك ، فإنّه عند شرائها يجبُ الثمنُ في ذمَّته ؛ لكونها غير متعيِّنة بالتعيينِ والمكيلِ والموزون عروض.

ألا ترى أنّها تتعيَّن بالتعيين ، فأوّل تصرُّف يكون فيهما ليس إلا البيع ، وقد حصلَ بهذا البيعِ ربحٌ بأن باعَه ثمَّ رخصَ سعرُه بعد ذلك ، فظهر ربحُهُ بدون الشراء ، فيكون استئجاراً على البيعِ بأجرةٍ مجهولة ، فيكون باطلاً كما في العروض.

ولو دفعَ ربُّ المالِ إلى المضاربِ عرضاً ، وقال : بعه واعملْ به مضاربةً في ثمنه ، فباعَ بدراهمَ أو دنانير ، وتصرَّف صحّ ؛ لأنّه لم يضفِ المضاربةَ إلى العرض بل إلى ثمنِه ، والثمنُ منهما يصحُّ المضاربةُ به ، وقال الشافعيّ ﷺ : بعدمِ جواز هذه المضاربة ؛ لإضافةِ عقدِ المضاربة إلى ما بعدَ البيع ، وقبض الثمن.

والجواب : إنَّ ربَّ المالِ وكَّلَ المضاربَ أوَّلاً ببيعُ العروض ، وهو كبيعه من نفسه ، ثمَّ عقد المضاربةِ على الثمنِ المقبوض ، وهو كالمقبوض في يده ، فوجب القولُ بجوازِه ، نعم ؛ لو دفعَ إليه العروضَ على أنَّ قيمتَها ألف درهمٍ مثلاً ، ويكون ذلك رأسُ المالِ لا تجوزُ المضاربةُ حينئذٍ ؛ لأنَّ القيمةَ تختلفُ باختلافِ المقوِّمين ، فلا يمكنُ ضبطُها ، فلا تصلحُ لرأسِ المال.

ولو قال ربُّ المالِ للمضارب : اقبضْ مالي على فلانٍ واعملْ به مضاربةً جاز ؛ لأنّه أضافَ المضاربةَ إلى زمانِ القبض ، وفي ذلك الوقت يصيرُ الدَّينُ عيناً ، والمضاربةُ ممّا يقبلُ الإضافةَ إلى المستقبل ؛ لكونها وديعة أو وكالة أو إجارة ، وشيء من ذلك لا يمنعُ فيه الإضافةَ إلى المستقبل.

ولو قال : اعمل بالدَّينِ الذي في ذمَّتك لا تصحُّ المضاربة ؛ لأنَّ المضاربَ أمين ابتداءً ، ولا يتصوَّرُ أن يكون الشخصُ أميناً فيما عليه من الدَّين ؛ لأنَّ الدَّين مضمونٌ على مَن هو عليه. كما في غيرِ واحدٍ من الكتب.

وبتسليمه إلى المضارب. وشيوعِ الرِّبحِ بينهما، فتفسدُ إن شُرِطَ لأحدِهما زيادةُ عشرة

٢.وبتسليمه[١] **إلى المضارب.**

٣.وشيوعِ الرِّبحِ بينهما[٢]**، فتفسدُ**[٣] **إن شُرِطَ لأحدِهما زيادةُ عشرة)**، اعلم[٤] أنَّ كلَّ شرطٍ يقطعُ الشَّركةَ في الرِّبح، أو يوجبُ جهالةَ الرِّبحِ يفسدُها، وما عداه من الشُّروطِ الفاسدةِ التي تفسدُ البيعَ لا تفسدُ المضاربة، بل يبطلُ ذلك الشَّرط، وكذا شرطُ الوضيعةِ على المضارب.

[١]قوله: **وبتسليمه... الخ**؛ يعني ولا تصحُّ المضاربةُ إلاَّ بتسليمِ المالِ إلى المضارب، فإنَّ يدَه على المال يدُ أمانة، فلا تتمُّ المضاربةُ إلاَّ بتسليمِهِ إليه كالوديعة، فلا بدَّ أن يخلصَ له المال؛ ليتمكَّن من التصرُّفِ فيه؛ فلهذا لو شرطَ عملُ ربِّ المالِ مع المضارب فسدت المضاربة.

فإنَّ شرطَ عملِ ربِّ المالِ يمنعُ خلوصَ يد المضارب، فلا يتمكَّنُ المضاربُ من التصرُّفِ فلا يتحقَّقُ المقصود، سواءً كان ربُّ المالِ عاقداً أو غيرَ عاقد، كما أنّ الأب والوصيَّ إذا دفعا مالَ الصغيرِ مضاربةً وشرطا عملَ الصغير، فإن يدَ الصغيرِ على المالِ بجهةِ الملكِ كالكبير، وبقاءُ يدِهِ تمنعُ كونَ المالِ مسلماً الى المضارب.

[٢]قوله: **وشيوع الربح بينهما**؛ بالجر عطف على قوله: تسليمه؛ أي ولا تصحُّ المضاربةُ إلاَّ بشيوعِ الربحِ بين ربِّ المالِ والمضارب أثلاثاً أو منصّفاً مثلاً، فإنَّ الشركةَ لا يتحقَّقُ إلا به، فلو شرطَ لأحدِهما دراهمَ مسمّاة تبطلُ المضاربة، فإنّه يؤدِّي إلى قطعِ الشركةِ فيه على تقديرِ أن لا يزيدَ على المسمّى.

[٣]قوله: **فتفسد... الخ**؛ لأنَّ اشتراطَ ذلك ممّا يقطعُ الشركةَ بينهما؛ لأنّه ربّما لا يربحُ إلا هذا النقد، فيقطعُ الشركةَ في الربح، وإذا فسدت بقيت منافعه مستوفاةً بحكمِ العقد، فيجبُ أجرُ المثل(١).

[٤]قوله: **اعلم... الخ**؛ حاصلُه: إنَّ كلَّ شرطٍ يوهمُ قطعَ الشَّركةِ أو يوجب جهالةَ الربح، فهو موجبٌ لفسادِ المضاربة، وما عداه من الشروطِ لا يفسدها، بل يبطل ذلك الشرط، كاشتراطِ الوضيعة على المضارب.

---

(١) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٢٣).

وللمضاربِ في مطلقِها أن يبيعَ بنقدٍ ونسيئةٍ إلا بأجلٍ لم يُعْهَدْ، وأن يشتري

(وللمضاربِ[١] في مطلقِها[٢] أن يبيعَ بنقدٍ ونسيئةٍ إلا بأجلٍ لم يُعْهَدْ[٣])، المرادُ بالمطلقِ ما لم يُقَيَّدْ بزمان، أو مكان، أو نوع من التِّجارة، (وأن يشتري[٤]

[١]قوله: وللمضارب... الخ؛ يعني وجازَ للمضاربِ في المضاربةِ المطلقة أن يبيعَ بنقدٍ ونسيئة؛ لأنَّ العقدَ مطلق، والمقصودُ منه الاسترباح، وذا لا يحصل إلا بالتجارة، فالعقدُ ينتظم صنوفُ التجارة.

وقال الشافعيّ ومالك وأحمد ﷺ في رواية: لا يبيعُ بالنسيئةِ إلا بإذنِ ربِّ المال؛ لأنَّ البيعَ بالنسيئة يوجبُ قصرَ يدِ المضاربِ عن التصرُّف، فيصيرُ بمنْزلةِ دفعِهِ المالَ مضاربة، فلا يجوزُ إلا بإذنِ المالك.

ولنا: إنَّ البيعَ بالنسيئةِ من صنيع التجّار، وهو أقربُ إلى تحصيلِ الرِّبح الذي هو مقصودُ ربِّ المال، فإنّه بالنسيئةِ أكثر من النقد، كما أفاده الشُّمُنِّيّ(١)، وغيره، وإنما قال في مطلقها: لأنّه لو شرطَ عليه البيعُ بالنقدِ لا يجوزُ له البيع بالنسيئةِ اتِّفاقاً.

وأمّا إذا شرطَ عليه البيع بالنسيئةِ فيجوزُ له البيعُ بالنقدِ إذا باعَ بمقدارِ ما لا يتغابن الناس فيه، وهو الصحيح ذكره البِرْجَنْدِيُّ نقلاً عن «الخزانة»، ولو اختلفَ في النقدِ والنسيئة فالقول للمضاربِ في المضاربة، وللموكِّل في الوكالة. كما صرَّحوا به.

[٢]قوله: في مطلقها؛ أي مطلق المضاربة، وهي التي لم تقيّد بالمكانِ والزمانِ والسلعةِ والشخص، نحو أن يقول: دفعتُ إليك هذا المال مضاربةً ولم يزدْ على ذلك.

[٣]قوله: إلا بأجل لم يعهد؛ يعني إلا إذا باعَ المضاربُ بأجلٍ لم يعهدْ عند التجارة لم يجز؛ لأنّهم العهدةُ في هذا الباب، قال قاضي خان في «فتاواه»: لو باعَ بما لا يتغابنُ الناسُ فيه، أو بأجل غيرُ متعارفٍ جازَ عند أبي حنيفة ﷺ خلافاً لصاحبيه كالوكيل بالبيع. انتهى.

[٤]قوله: وأن يشتري؛ يعني وجازَ للمضاربِ في المضاربةِ المطلقةِ أن يشتريَ ما هو المتعارفُ عند التجّار، وإنّما قيَّدناه بهذا القيد نظراً إلى ما في «فتاوى قاضي خان»: من أنّه لو اشترى شيئاً بما لا يتغابنُ الناسُ فيه يكون مخالفاً، سواء قال له ربُّ المال:

---

(١) في «كمال الدراية»(ق٥٢٥).

ويوكّلَ بهما ، ويسافرَ

ويوكّلَ بهما[1]: أي بالبيعِ والشّراء، (**ويسافرَ**[2]) ، **وعند أبي يوسفَ**[3] ﷺ: ليس له أن يُسافرَ، وعن أبي حنيفة ﷺ: أن دفع في بلده ليس له أن يسافر، وإن دفعَ في غيرِ بلدِهِ له أن يسافرَ إلى بلدِه.

اعمل برأيك، أو لم يقل. انتهى. ولا يشتري من عبدِهِ المأذون، وقيل: من مكاتبه بالاتّفاق. ذكره القُهُسْتَانِيُّ في «شرح النُّقاية»[1].

[1]قوله: **ويوكّل بهما**؛ يعني جازَ للمضاربِ في المضاربةِ المطلقةِ أن يوكّلَ بالبيعِ والشراءِ بنقدٍ ونسيئة، فإنَّ التوكيلَ من صنيعِ التجار.

[2]قوله: **ويسافر**؛ يعني جازَ للمضاربِ في المضاربةِ المطلقةِ أن يسافرَ بمالِ المضاربة، وهو ظاهرُ الرواية. كما صرَّح به في «الهداية»[2]، وغيرها.

ووجهه أنَّ المضاربةَ مشتقةٌ من الضربِ في الأرضِ فيملكُهُ بمطلقِ العقدِ إذ اللّفظ دالٌّ عليه.

[3]قوله: **وعند أبي يوسفَ** ﷺ... الخ؛ قال في «الهداية»[3]: وعن أبي يوسفَ ﷺ: إنّه ليس له أن يسافرَ. انتهى. قال في «الكفاية»[4]: هذا فيما له حملٌ ومؤنة، بناءً على قولِهِ في الوديعة. كذا في «المبسوط». انتهى.

وقال في «الهداية»[5]: وعن أبي حنيفةَ ﷺ: إنّه إن دفعَ في بلدِهِ ليس له أن يسافرَ به؛ لأنّه تعريضٌ على الهلاكِ من غيرِ ضرورة، وإن دفع في غيرِ بلدِه له أن يسافرَ إلى بلده؛ لأنّه هو المرادُ في الغالب. انتهى.

ووجه السفر: إن دفعَ في غيرِ بلده أنَّ الظاهرَ رضاءُ صاحبِ المالِ به، فإنَّ الإنسانَ لا يستقيمُ بدارِ الغربةِ دائماً في الغالب، فإعطاؤه المالَ مضاربةً في هذه الحالةِ مع علمه بحالِهِ يدلُّ على رضاهُ بالسفرِ إلى بلده.

---

(١) «جامع الرموز»(٢: ١٤١).

(٢) «الهداية»(٣: ٢٠٣).

(٣) «الهداية»(٣: ٢٠٣).

(٤) «الكفاية»(٧: ٤٢٢).

(٥) «الهداية»(٣: ٢٠٣).

ويبضعُ ولو ربُّ المالِ ولا تفسدُ هي به، ويودع، ويَرْهَن، ويَرتَهِن، ويُؤَجِّر

(**ويبضعُ**[١] **ولو ربُّ المالِ ولا تفسدُ هي به**): أي لا تفسدُ المضاربةُ بأن يُبْضِعَ رَبُّ المالِ خلافاً لزُفَرَ[٢] ﷺ، (**ويودع**[٣]، **ويَرْهَن، ويَرتَهِن، ويُؤَجِّر**

والجواب عن هذه الرِّواية: إنّه تعريضٌ على الهلاكِ غير مسلّم، فإنَّ الظاهرَ فيه السلامة، والموهوم لا يعتبر، ألا ترى أنَّ للمودِعِ أن يسافرَ بالوديعةِ مع أنّه ليسَ له أن يودع، والمضاربُ له ذلك، فكان أولى منها، وأولى بالجواز.

وفي «فتاوى قاضي خان»: روى أبو يوسفَ ﷺ عن أبي حنيفةَ ﷺ: إنّه لا يسافرُ به أصلاً. انتهى. فظهرَ أنَّ ما ذكرَه الشارحُ ﷺ بقوله: ليس له أن يسافر، وبقوله: عند أبي حنيفةَ ﷺ: إن دفعَ إلى آخره روايةٌ عنهما، لا مذهبهما كما أفاده لفظ: عند؛ فإنّه لا يذكرُ إلا للمذهب، فكان المناسبُ لفظة: عن؛ لا لفظ: عند؛ فتأمّل.

[١]قوله: **ويبضع**... الخ؛ يعني وجازَ للمضاربِ في المضاربةِ المطلقةِ أن يعطيَ المالَ بضاعةً للتجارة، ولو أعطاهُ المضاربُ ربَّ المال، والإبضاعُ: هو أن يكونَ المالُ للمبضع، والعملُ من آخر، والربحُ كلُّهُ لربِّ المال.

وقال البِرْجَنْدِيُّ: والمرادُ بالإبضاع هاهنا هو مجرَّدُ الاستعانة، لا ما هو المتعارف من أنّه يكونُ المالُ للمبضع، والعملُ من الآخر، ولمّا صحَّ استعانةُ المضاربِ بالأجنبيِّ؛ فلأن يصحَّ استعانتُهُ بربِّ المال، وهو أشفقُ عليه كان أولى. انتهى.

فلذا فسَّرَه القُهُسْتَانِيُّ بقوله: أي يستعينَ المضاربُ بأحدٍ في التجارة. كما في «النهاية»، ولو كان المستعانُ ربُّ المال فيبيعُ ويشتري للمضارب. انتهى.

[٢]قوله: **خلافا لزفر** ﷺ؛ فإنّ عندَه تفسدُ المضاربةُ بإبضاعِه ربّ المال؛ لأنَّ ربَّ المالِ حينئذٍ متصرِّفٌ لنفسه، وهو لا يصلحُ أن يكونَ وكيلاً فيه، فيكون مستردّاً.

ولنا: إنَّ التصرُّفَ في المضاربةِ لّما كان حقّاً للمضاربِ فربُّ المالِ يصلحُ أن يكون وكيلاً عنه في التصرُّفِ فيه؛ فلذا قالوا: إنَّ المضاربَ لو أمرَ ربَّ المالِ أن يبيعَ أو يشتريَ له جاز.

[٣]قوله: **ويودع**...الخ؛ فإنَّ هذا كلّه من صنيعِ التجّار في تجارتهم، والعقدُ مطلق، ولا يحصل المقصودُ منه، وهو الربحُ إلا بالتَّجارة، فيتناولُ ما هو من صنع التجّار في تجارتهم.

ويَستأجِّر ، ويحتالُ بالثَّمن على الأيسرِ والأعسر ، وليس له أن يضاربَ إلاَّ بأذنِ المالك ، أو باعمل برأيك

ويَستأجِّر[١] ، **ويحتالُ بالثَّمن**[٢] **على الأيسرِ والأعسر)** : أي يقبلُ الحوالة[٣].

(وليس له أن يضاربَ[٤] **إلاَّ بأذنِ المالك ، أو باعمل برأيك)** ، الضَّابطُ أنَّ الشَّيءَ لا يَتَضَمَّنُ مثلَه بل يَتَضَمَّنُ دونَه كالإيداع ، ونحوه

---

[١]قوله: ويستأجر؛ فلو استأجر أرضاً بيضاءَ ليزرعَها أو يغرسها جاز. صرَّح به في «الظهيريَّة»، وغيرها.

[٢]قوله: **ويحتالُ بالثمن**؛ إذ الحوالةُ من عادةِ التجّار، ولا يقاس ذلك على الوصيّ، حيث لا يجوزُ له أن يحتالَ بالثمنِ من مالِ الصغيرِ على الأعسر؛ لأنَّ تصرّف الوصيِّ مبنيٌّ على النظر، وتصرُّفُ المضاربِ مبنيٌّ على صنيعِ التجّار.

[٣]قوله: **أي يقبل الحوالة**؛ قبولُ الحوالةِ ليس معنى الاحتيال؛ لأنَّ الاحتيالَ كونَه محتالاً، وذلك برضاءِ المحيل والمحال عليه والمحال، لكنَّ الشارحَ ﷺ اقتصرَ عليه؛ لأنّه هو المقصود هاهنا.

[٤]قوله: **وليس له أن يضارب**... الخ؛ يعني وليسَ للمضاربِ أن يضاربَ مالَ المضاربةِ لآخر إلا بإذنِ ربِّ المالِ صريحاً، أو لقوله للمضارب: اعملْ برأيك؛ لأنَّ الشيء لا يتضمَّنُ مثله، فلا بدَّ من التنصيصِ عليه، أو التفويض المطلق إليه.

كما أنَّ الوكيلَ لا يملكُ التوكيلَ إلاَّ لقولِ الأصيل: اعملْ برأيك، بخلافِ الإبضاعِ والإيداع؛ لأنّهما دون المضاربة لا مثلها فتتضمَّنهما، فالقاعدةُ الكليَّة أنَّ الشيءَ لا يتضمَّنُ مثله؛ فالمضاربةُ لا تتضمَّنُ المضاربةُ الأخرى، ويتضمّن دونه؛ فيتضمَّنُ المتضاربةُ الإيداعَ وما أشبه ذلك.

واعلم أنَّ التصرفاتِ في المضاربةِ على ثلاثةِ أقسام:

الأوّل: ما هو من بابِ المضاربةِ وتوابعها، وهو الإيداع، والإبضاع، والإجارة، والاستئجار، والرّهن، والارتهان، وما أشبه ذلك، فيملكها المضاربُ بمطلقِ عقدِ المضاربة.

والثاني: ما هو ليس من بابِ المضاربةِ المطلقة، لكن يصلحُ أن يلحقَ بها عند وجودِ الدلالة، وهو إثباتُ الشركةِ في المضاربةِ بأن يدفعَ إلى غيرِه مضاربةً، أو يخلطُ مالَ

ولا أن يقرض، أو يستدين، وإن قيل له ذلك، ما لم ينصّ عليهما

(ولا أن يقرض[1]، أو يستدين، وإن قيل له ذلك): أي اعمل برأيك، **(ما لم ينصّ عليهما)**: أي على الاستدانة والإقراض

المضاربةِ بمالِه، أو بمالِ غيره.

فالمضاربُ لا يملكُهُ بمطلقِ المضاربة؛ لأنَّ ربَّ المالِ لم يرضَ بشركةِ غيره، وهو أمرٌ زائدٌ على ما تقومُ به التجارة، فلا يتناولُهُ مطلقُ عقدِ المضاربة، لكن يصلحُ أن يلحقها بالتعميم.

والثاني: ما لا يمكنُ أن يلحقَ بالمضاربةِ وهو الإقراضُ والاستدانةُ على المال، فإنَّ الإقراضَ ليسِ بتجارة، وكذا الاستدانةُ على المال، بل تصرُّفٌ بغيرِ رأس المال، والتوكيلُ مقيَّدٌ برأسِ المال، فالمضاربُ لا يملكه، وإن قال له ربُّ المال: اعمل برأيك؛ لعدمِ إمكانِ لحوقِهِ المضاربة، فلا يتناوله قوله: اعمل برأيك.

[1]قوله: **ولا أن يقرض**... الخ؛ يعني وليسَ للمضاربِ أن يقرضَ أو يستقرض، وإن قال له المالك: اعمل برأيك، إلا إذا نصَّ عليهما فيجوزان له، أمّا الإقراضُ؛ فلأنّه تبرُّعٌ ليس من ضروراتِ التجارة، فلا يملكهُ المضارب، وإن قيل له: اعمل برأيك، كما لا يملكُ الهبةَ والصدقة.

وأمّا الاستدانةُ؛ فلأنَّ فيها شغلُ ذمَّةِ المالك، وأمَّا إذا نصَّ عليهما؛ فلأنَّ المنعَ من حقِّ المالك، وله تركه، فإن استدانَ بعد الإذنِ فالمشترى بينهما نصفان على أنّه شركةُ وجوهٍ لا مضاربة، ذكره الشُّمُنّيُّ[1]، وغيره.

وصورةُ الاستدانةِ على ما في «شرح الوافي»: أن يشتريَ شيئاً بالدَّراهمِ أو الدنانيرِ بعدما اشترى برأسِ المالِ سلعةً، أو يشتريَ بمكيلٍ أو موزونٍ ورأسُ المال في يدِه دنانيرَ أو دراهم، فإنَّه اشترى بغيرِ رأس المال، فكان استدانة.

بخلافِ ما لو اشترى بدراهمَ ورأسُ المال في يدِهِ دنانير، أو بدنانيرَ ورأسُ المال في يدِهِ دراهم، فإنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ جنسٌ واحدٌ في الثمنيّة، فلا يكون هذا شراءً بدين.

وقال العلامةُ الأقطع في «شرح مختصر القدوريّ»: لا يجوزُ للمضاربِ أن يستدينَ على المضاربة، وإن فعلَ ذلك لم يجزْ على ربِّ المال، ألا ترى أنّه إذا اشترى برأسِ المالِ

(١) في «كمال الدراية»(ق٥٢٥).

فلو شَرَى بالمالِ بَزّاً وقَصَر، أو حملَ بمالِه، وقيل له ذلك فقد تطوّع

وإنّما يصحُّ المضاربةُ[١] باعمل برأيك دون الإقراض؛ لأنَّ المضاربةَ من صنيعِ التُّجّار، وهي مجلبةٌ للرِّبح بخلافِ الإقراض إذ لا فائدةَ فيه.

(فلو شَرَى بالمال[٢] بَزّاً[٣] وقَصَر[٤]، أو حملَ بمالِه، وقيل له ذلك): أي اعمل برأيك، (فقد تطوّع)؛ لأنَّهُ لا يملكُ الاستدانة.

قبلك قبل التسليم، يرجعُ المضاربُ عليه بمثلِهِ إذا كان كذلك ربُّ المالِ لم يرضَ أن يضمنَ إلا مقدار رأس المال.

فلو جوَّزنا الاستدانةَ لزمَه ضمانُ ما لم يرضَ به، وذلك لا يصحّ، وإذا لم يصحَّ استدانته على ربِّ المالِ لزمَه العينُ خاصّة، وقد قالوا: ليسَ للمضاربِ أن يأخذَ سفتجة؛ لأنَّ ذلك استدانة، وهو لا يملكُ الاستدانة، وكذلك لا يعطي سفتجة؛ لأنَّ ذلك قرض، وهو لا يملك القرض، ولو قال: اعمل برأيك. انتهى بقدر الضرورة.

[١]قوله: وإنّما يصحُّ المضاربة... الخ؛ هذا هو الفرقُ بين المضاربةِ والإقراض، حيث يملكُها المضارب، إذا قيل له: اعملْ برأيكَ دون الإقراض، وحاصلُهُ: إنَّ المضاربةَ من صنيعِ التجّار، وهي تجلبُ الربحَ فتناولها قوله: اعمل برأيك، بخلافِ الإقراض، فإنّه غيرُ مجلبٍ للرِّبحِ فلا يتناوله ذلك القول.

[٢]قوله: فلو شرى بالمال... الخ؛ هذا تفريعٌ على عدمِ جوازِ استدانةِ المضارب، وتوضيحُ المسألة: إنَّ المضاربَ إذا اشترى بمالِ المضاربِ ثوبَ كتَّان، وغسلَه وحملَه إلى موضعٍ آخرَ بمالِ نفسِهِ لا بمالِ المضاربة، فالمضاربُ متبرِّعٌ.

وإن قال له المالك: اعمل برأيك، فلا يرجعُ بمالِهِ على ربِّ المال؛ لأنّه استدانةُ على ربِّ المال، والمضاربُ لا يملكها بقوله: اعمل برأيك بل بالإذنِ الصريح، وهو لم يوجد.

[٣]قوله: بَزاً؛ - بالفتح -، قيل: نوع من الثياب، وقيل: الثيابُ خاصَّةً من أمتعةِ البيت، وقيل: أمتعةُ التاجرِ من الثياب. كذا في «المصباح»(١)، وقال في «الصراح»: بز سلاح ومتاع بزاز جامه ومتاع فروش. انتهى.

[٤]قوله: وقصر: مخفَّفاً ومشدَّداً، قال في «المصباح»(٢): قصرت الثوبَ قصراً:

(١) «المصباح المنير»(١: ٧٧).
(٢) «المصباح»(٢: ٧٧٧).

وإن صبغَهُ أحمرَ فهو شريكٌ بما زادَ، ودخل تحت اعمل برأيك كالخُلْطة، فلا يضمنُ المضارب

(**وإن صبغَهُ**[١] **أحمرَ فهو شريكٌ بما زادَ، ودخل تحت اعمل برأيك كالخُلْطة**[٢]): أي إذا قال: اعمل برأيكَ فصبغَهُ أحمرَ يكونُ شريكاً بما زاد، ويدخلُ الصَّبْغُ تحت اعمل برأيك، وكذا الخلطة بماله بخلافِ القِصارة؛ لأنَّه لا يختلطُ به شيءٌ من ماله، وإنَّما قال[٣]: فصبغَهُ أحمر، حتى لو صبغَهُ أسود، فإنَّه لا يدخلُ تحت اعملْ برأيكَ عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنَّ السَّوادِ نقصانٌ عنده، وأمَّا سائرُ الألوانِ غيرَ السَّوادِ فكالحمرة، (**فلا يضمنُ**[٤] **المضارب**): أي بصبغِهِ أحمر، وبالخلطِ بماله إذا قال: اعمل برأيك

بيَّضته، والقِصارة: الصناعة، الفاعل: قصّار. انتهى. وقال في «الصراح» في تحقيقِ لفظِ القصر: جامَكَه كاذرى كردن، ومنه: القصّار: كَاذر. انتهى. وفي تحقيقِ لفظِ التقصير: تقصيرُ الثوب: كوفتن جامه. انتهى.

[١]قوله: **وإن صبغه**... الخ؛ يعني وإن اشترى ثوباً فصبغَه أحمر من ماله لا يكون مُتَبَرِّعاً، بل يكون شريكاً بما زادَ الصبغُ فيه، ويدخلُ تحت قوله: اعمل برأيك، فيقسمُ بعد البيع ثمنه على قيمةِ صبغِ المضارب، وقيمة الثوبِ الأبيض باختلافِ القصارة والحمل، فإنّه لا يصيرُ شريكاً بهما، إذ ليسا بمالٍ قائم، حتى لو قصرَ بالنشا صارَ شريكاً. كما صرَّحوا به.

[٢]قوله: **كالخلطة**؛ يعني كما جازَ للمضاربِ الخلطُ بماله إذا قال له ربُّ المال: اعمل برأيك.

[٣]قوله: **وإنّما قال**... الخ؛ أي إنّما قيَّدَ قوله: صبغه بقوله: أحمر؛ لأنّه لو صبغَه أسود لا يدخلُ تحت قوله: اعمل برأيك عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لكونِ السوادِ نقصاناً عنده خلافاً لصاحبيه.

والتحقيقُ: أنَّ هذا اختلافُ زمان، وفي زماننا: لا يعدُّ نقصاً فهو كالحمرة، فيدخلُ في: اعمل برأيك، سائرُ الألوانِ كالحمرة. كما صرَّحوا به، وقد تقدَّم ذكرُهُ في «كتاب الغصب» فتذكَّر.

[٤]قوله: **فلا يضمن**... الخ؛ يعني فلا يضمنُ المضاربُ بصبغ ذلك الثوب أحمر

وله حصّةُ صبغِهِ إن بيع، وحصّةُ الثّوبِ في المضاربة، ولا أن يجاوزَ بلداً أو سلعةً أو وقتاً أو شخصاً عيَّنَه ربُّ المال

(وله[١] حصّةُ صبغِهِ إن بيع، وحصّةُ الثّوبِ في المضاربة): أي في مالِ المضاربة. **(ولا أن يجاوزَ[٢] بلداً أو سلعةً أو وقتاً أو شخصاً عيَّنَه ربُّ المالَ**

وخلطُ رأس المال بماله إذا قال له المالك: اعمل برأيك، فإن هذا القول يتضمّنه، فلا يكون به متعدّياً.

[١]قوله: وله... الخ؛ يعني أنَّ المضاربَ يصيرُ شريكاً لربِّ المال بما زاد الصبغُ فيه، وحصّةُ قيمةِ الصبغ يكون له إذا بيعَ الثوبُ المصبوغ، وحصَّةُ الثوبِ الأبيض في مالِ المضاربة، حتى إذا كانت قيمةُ الثوبِ غير مصبوغ ألف درهم، ومصبوغاً ألف وخمسمئة كانت الألف للمضاربة، وخمسمئة للمضارب بدل ماله وهو الصبغ.

[٢]قوله: ولا أن يجاوز... الخ؛ عطف على قوله: ولا أن يقرض؛ يعني وليس للمضاربِ أن يجاوز عمّا عيّنه ربُّ المالِ من بلدٍ أو سلعةٍ أو وقت أو شخص؛ فإنّ عقدَ المضاربة توكيل، وفي التخصيص فائدة؛ لكونِ التجارات مختلفةٌ باختلافِ الأمكنةِ والأوقات والأمتعةِ والأشخاص.

بخلاف ما إذا قيَّدَه بسوقٍ معيَّنٍ من المصر، حيث لا يتقيَّد به؛ فإنَّ المصرَ الواحدَ قلَّ ما يتفاوتُ جوانبه وأسواقه؛ لكونِهِ كبقعةٍ واحدة، فلا يفيدُ التقييدُ إلا إذا صرَّح بالنهيِّ بأن قال له: اعملْ في هذا السوق، ولا تعمل في غيره، فحينئذٍ يتقيَّد به؛ لأنَّ ربّ المال له ولايةُ التصرُّفِ إليه.

بخلاف ما إذا قال: بع نسيئة ولا تبعْ حالاً، حيث كان له أن يبيعَه حالاً عند عدم اختلافِ السعرِ بينهما؛ لأنّه مخالفةٌ إلى خيرٍ بيقين، وهذا كما إذا وكّل شخصاً ببيعِ عبدِه بألفَ درهم، ونهى عن البيعِ بالزيادة، فباعَه الوكيلُ بألفين جاز؛ لكونه مخالفةً إلى خير، وقد مرَّ بحثه في «كتاب الوكالة»، فظهر لك أنَّ التقييدَ المفيدَ يعتبر، وغيره لا.

ثمَّ اعلم أنَّ ما يفيدُ التقييدِ من الألفاظ ستّة:

الأوّل: خذه مضاربةً تعمل به في مصر، فقوله: تعمل، تفسيرٌ لقوله: خذه مضاربة، والكلامُ المبهم إذا تعقّبه تفسيرٌ كان الحكمُ للتفسير.

والثاني: خذه مضاربة فاعمل به في مصر، فهو أيضاً في معنى التفسير؛ لكونِ الفاءِ للوصل والتعقُّب، وما تعقّبَ الكلام المبهم يكون تفسيراً له.

فإن جاوزَ عنه ضَمِنَ وله ربحُه

فإن جاوزَ[١] عنه ضَمِنَ وله ربحُه

والثالث: خذه مضاربة لتعمل به في مصر؛ وهذا ظاهر.

والرابع: خذه مضاربةً بالنصف بمصر، فالباءُ فيه للإلصاق، فيقتضي أن يكون العملُ فيه.

والخامس: خذه مضاربةً بالنصف في مصر؛ فإن كلمةَ في للظرف، وإنّما يكون ظرفاً إذا حصلَ الفاعلُ والفعلُ فيه.

والسادس: خذه مضاربة على أن تعمل بمصر، فإنّ على يكون للشرط، فيتقيّد به.

وما لا يفيده عدّة ألفاظٍ:

١. منها قوله: خذه مضاربة واعمل به في مصر؛ حيث لا يفيدُ هذا التقييدُ حتى لا تجبُ الضمانُ على المضاربِ بالعملِ في غير ذلك المصر؛ لأنَّ الأصلَ في الواو أن لا تكون إلا للعطف، والشيء لا يعطفُ على نفسه بل على غيره، وقد تكون للابتداء إذا كان بعد جملة، فتكون هذه الجملةُ من قبيلِ الشورى لا من قبيل الشرط.

٢. ومنها قوله: اعمل بالكوفة، بعد قوله: خذه مضاربة؛ فإنّه أيضاً يحملُ على المشورة لا على الشرط.

والضابطةُ فيه أنَّ ربَّ المالِ متى ذكر عقيبَ المضاربةِ ما لا يمكن التلفُّظُ به ابتداء، ويمكن جعله مبنيّاً على ما قبله يجعل مبنيّاً عليه، كما في الألفاظِ الستّة، وإن استقامَ الابتداءِ به لا يبنى على ما قبله، ويجعل مبتدأ كما في اللّفظينِ الأخيرين، فللمضاربِ حينئذٍ أن يعملَ في مصرٍ عيّنه أو في غيره، وقد ذكرت هاهنا ما لا بدّ لك منه، وإن شئت زيادةَ التفصيلِ فارجع إلى شروحِ «الكنز» وحواشي «الهداية»[١].

[١]قوله: **فإن جاوز...الخ**؛ يعني فإن تجاوزَ المضاربُ عمّا عيّنه ربُّ المال بأنَّ خرج المضاربُ إلى غير ذلك البلدِ الذي عيَّنه ربُّ المال فتصرَّفَ فيه واشترى سلعةً غير ما عيَّنه، أو في وقتٍ غير ما عيّنه، أو باعَ من غير من عيَّنه، ضمن المضارب؛ لأنّه تصرَّف بغير أمره، فصار غاصباً، وكان المشترى له، وله ربحُه الذي حصلَ منه، وعليه خسرانُه.

(١) ينظر: «التبيين»(٥: ٥٩ - ٦٠).

ولا أن يزوِّجَ عبداً، أو أمةً من مالها

ولا أن يزوِّجَ[1] عبداً، أو أمةً من مالها): أي من مال المضاربة

وإن لم يتصرَّف فيه حتى ردَّه إلى البلد الذي عيَّنه برئ من الضَّمان؛ لأنّه أمين خالفَ ثم عاد إلى الوفاق، ورجع المالُ مضاربةً على حاله؛ لأنَّ المالَ باقٍ في يدِه بالعقد السابق، وهذا إذا صدرَ من ربِّ المال عند عقد المضاربة.

وأمّا إذا كانت المضاربةُ مطلقةً فخصَّها ربُّ المالِ بعد عقد المضاربة، نحو إن قال له: لا تبع بالنسيئة، ولا تشترِ دقيقاً ولا طعاماً، أو لا تشترِ من فلان، أو لا تسافر، فإن كان قبل أن يعملَ المضارب أو بعدما عمل، فاشترى وباعَ وقبض المال فصارَ المالُ ناضاً جازَ تخصيصه؛ لأنّه في هذهِ الحالةَ يملك عزله أو إخراجه عن المضاربة، فيصحُّ تخصيصه.

وإن كان التخصيصُ بعدما عملَ فصار المالُ عرضاً لا يصح تخصيصه؛ لأنّه لو نهاه عن البيع في هذه الحالة أو أرادَ عزله لا يصحّ، فلا يصحّ تخصيصه. كذا في «المنح»(١).

واعلم أنَّ في روايةِ «الكتاب»: يضمن المضاربُ بنفس الإخراج، وهو مطابقٌ لما في أكثرِ المتون، وفي رواية «الجامع الصغير»: إنّما يضمنُ إذا اشترى بعد الإخراج، كما اختارَهُ صاحبُ «المنح»(٢).

وقال في «الهداية»(٣): والصحيحُ أنَّ بالشراءِ يتقرَّر الضمان؛ لزوالِ احتمالِ الردِّ إلى المصر الذي عيَّنه، أمّا الضمانُ فوجوبُه بنفسِ الإخراج، وإنّما شرطَ الشراءَ للتقرّر لا لأصل الوجوب. انتهى.

وحاصلُهُ: إنَّ الضمانَ يجب بنفسِ الإخراجِ لكنّه على شرف الزوال، فإذا اشترى به تقرّرَ وتأكّدَ فصارَ المضاربُ بنفسِ الإخراجِ متعدّياً ضامناً، لكنّه لا يتقرّر إلا بالشراءِ في بلد آخر، فإذا رجعَ قبل تقرّره زال الضمان، فبقي المال على ما كان.

[1]قوله: **ولا أن يزوّج**...الخ؛ يعني وليس للمضارب أن يزوّجَ عبداً أو أمة من مال المضاربة، وعن أبي يوسف ﷺ أن يزوّج الأمة؛ لأنّه يستفيدُ بتزويجها المهر، وسقوطَ النفقة، ولهما: إنَّ التزويجَ ليس من أعمالِ التجارة، وعقدُ المضاربةِ لا يتضمّن

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٢٠١/أ – ب).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٢٠١/أ).

(٣) «الهداية»(٣: ٢٠٤).

ولا أن يشتري مَن يُعْتَقُ على ربِّ المال، فلو شَرَى كان له لا لها، ولا مَن يعتقَ عليه إن كان ربح

(**ولا أن يشتري**[1] **مَن يُعْتَقُ على ربِّ المال**)، سواء كان قريبَه، أو قال ربُّ المال: إن اشتريتَ فلاناً فهو حرّ، (**فلو شَرَى**[2] **كان له لا لها**): أي كان للمضاربِ لا للمضاربة.

(**ولا مَن يعتقَ عليه**[3] **إن كان ربح**

إلا التوكيل بأعمالِ التجارة، فصار كالكتابة والعتقِ على مال، فإنّهما اكتساب، ولكن لما لم يكونا من أعمالِ التجارةِ لم يدخلا في عقد المضاربة(١).

[١]قوله: **ولا أن يشتري**...الخ؛ يعني وليسَ للمضاربِ أن يشتريَ من يعتق بالشراءِ على ربِّ المال، سواء كان ذلك العتقُ لقرابةٍ بأن كان العبدُ المشترى ذا رحمٍ مُحَرَّم منه كأبيه وابنه، أو ليمين بأن قال ربُّ المال: إن اشتريتَ فلاناً فهو حرّ، والمضاربُ اشتراه.

ووجهه: إنَّ عقدَ المضاربة إنّما شرعَ لتحصيل الربح، وهو لا يكون إلاّ بالتصرُّف مرَّة بعد أخرى، وذا لا يتحقّق فيمن يعتقُ على ربِّ المال، بخلافِ الوكيلِ بشراء العبد، حيث يجوز له أن يشتريَ مَن يعتقُ على الموكِّل؛ لأنَّ التوكيل مطلق، فيجري على إطلاقه.

وهاهنا مقيَّدٌ بمال يمكنُ التجارةُ فيه، حتى لو وجدَ في الوكالةِ أيضاً ما يدلُّ على التقييد، بأن قال: اشترِ لي عبداً أبيعه أو استخدمُه، أو جاريةً أطؤها كان الحكم كذلك(٢).

[٢]قوله: **فلو شرى**... الخ؛ يعني المضاربُ لو اشترى مَن يعتقُ على ربِّ المال صار مشترياً لنفسه، وضمنَ لربِّ المال؛ لأنّه نقدَ الثمنَ من مال المضاربة، وعندما مالك ﷺ: لو كان عالماً موسراً ضمن، وإلا لا، ذكرَه العَيْنِي(٣)، وغيرُه.

[٣]قوله: **ولا مَن يعتق عليه**...الخ؛ يعني وليسَ للمضاربِ أن يشتريَ مَن يعتقُ

(١) ينظر: «منح الغفار»(ق٢: ٢٠١/ب).

(٢) ينظر: «رمز الحقائق»(٢: ١٧٢).

(٣) في «رمز الحقائق»(٢: ١٧٢).

ولو فعل ضَمِن، وإن لم يكنْ ربح صَحّ، فإن زادتْ قيمتُهُ عتقَ حصتُه، ولم يَضْمَنْ شيئاً

ولو فعل[١] ضَمِن، وإن لم يكنْ[٢] ربح صَحّ، فإن زادتْ[٣] قيمتُهُ عتقَ حصتُه، ولم يَضْمَنْ شيئاً)؛ لأنّه لا صنعَ له في زيادةِ القيمة

عليه ذلك للمضاربة إن كان في المالِ ربح؛ لأنّه يعتق نصيبه ويفسدُ بسببِهِ نصيبُ ربِّ المال؛ لانتفاءِ جوازِ بيعِه؛ لكونهِ مستسعى لا يجوز بيعه، أو يفسدُ نصيبُ ربِّ المالِ عند أبي حنيفة ﷺ، ويعتق عندهما، بناء على تجزؤ الإعتاقِ وعدمه.

والمرادُ من الربح: أن يكون قيمةُ العبدِ المشترى أكثرَ من رأسِ المال، سواء كان في جملةِ رأسِ المالِ ربح أو لا؛ لأنّه إذا كان قيمةُ العينِ مثلُ رأسِ المالِ أو أقلّ لا يظهرُ ملكُ المضاربِ فيه، بل يجعلُ مشغولاً برأسِ المال حتى إذا كان رأسُ المالِ ألفاً، وصار عشرة آلاف.

ثمَّ اشترى المضاربُ مَن يعتقُ عليه، وقيمته ألف أو أقلّ لا يعتقُ عليه، وكذا لو كان له ثلاثةُ أولاد أو أكثر، وقيمةُ كلٌّ واحدٍ ألفٌ أو أقلّ، فاشتراهم لا يعتقُ منهم واحد؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم مشغولٌ برأسِ المال.

ولا يملكُ المضاربُ منهم شيئاً حتى تزيدَ [قيمة] كلُّ عينٍ على رأسِ المال على حدة من غير ضمّه إلى آخر؛ لأنّه يحتملُ أن يهلكَ منهم اثنان، فيتعيّن الباقي لرأس المال، ولعدمِ الأولويّة[١].

[١]قوله: **ولو فعل**...الخ؛ يعني لو اشترى مَن يعتقُ عليه، وقيمتُهُ أكثرُ من رأسِ المالِ ضمنَ المضارب؛ لأنّه يصيرُ مشترياً ذلك العبد لنفسه، فيضمنُ بالنقدِ من مال المضاربة.

[٢]قوله: **وإن لم يكن**...الخ؛ يعني وإن لم يكن في المالِ ربحٌ صحَّ اشتراؤه للمضاربة؛ لأنّه إذا لم يزدْ قيمتُهُ على رأسِ المالِ لا يعتقُ عليه، إذ لا ملكَ للمضاربِ فيه؛ لكونه مشغولاً برأسِ المال، فيمكنه أن يبيعَه للمضاربة فيصحّ.

[٣]قوله: **فإن زادت**...الخ؛ توضيحُهُ أنّه إذا ظهرَ ربحُ في المشترى بعد الشراءِ بأن

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ٦١).

وسعى العبدُ في قيمةِ حصّتِه منه، مضاربٌ بالنِّصفِ شَرَى بألفها أمةً، فولدَتْ وَلَداً مساوياً ألفاً، فادَّعاه فصارت قيمتُهُ ألفاً ونصفُه، سعى لربِّ المال في ألف وربعه، أو أعتقَه

(**وسعى العبدُ**[1] **في قيمةِ حصّتِهِ منه**): أي في قيمةِ حصّةِ ربِّ المال من العبد.

(**مضاربٌ بالنِّصفِ**[2] **شَرَى بألفها أمةً، فولدَتْ وَلَداً مساوياً ألفاً، فادَّعاه فصارت قيمتُهُ ألفاً ونصفُه، سعى لربِّ المال في ألف وربعه، أو أعتقَه**

كان رأسُ المالِ ألف درهم، وكانت قيمةُ ذلك العبدُ المشترى وقت الشراءِ كذلك أو أقلَّ منه، ثمَّ زادت قيمتُهُ على رأسِ المالِ بأن صارت ألفاً وخمسمئة عتقَ نصيبُ المضارب؛ لأنّه ملكَ بعض قريبه.

فوجب أن يعتقَ بقدره، ولم يضمنْ لربِّ المالِ شيئاً من قيمتِه؛ لأنّه لا صنعَ في زيادةِ القيمة، وإنّما أعتقَ عليه بطريقِ الحكمِ بسبب زيادة القيمةِ من غير اختياره، فصار كما إذا ورثه مع غيره؛ بأن اشترتِ امرأةٌ ابنَ زوجها ثمَّ ماتت وتركت هذا الزوج وأخاً، عتقَ نصيبُ الزوج، ولا يضمنُ شيئاً لأخيها.

[١]قوله: وسعىُ العبد... الخ؛ لأنّه احتبست مالية العبد عند العبد فيسعى فيه، واعلم أنّ في هذه الصورةِ كان ولاءُ ذلك العبدِ بينهما عند الإمام، وعندهما: عتق كلُّه وسعى العبدُ في رأسِ المال وحصَّة ربِّ المالِ من الربح، وهذا بناءً على اختلاف تجزؤ الربح وعدمه.

[٢]قوله: **مضارب بالنصف**...الخ؛ يعني لو اشترى المضارب بالنصف أمةً بألف، وقيمتُها ألف، فوطئها فولدت ولداً يساوي ألفاً، فادَّعى المضاربُ ذلك الولد، فصارت قيمةُ الولدِ ألفاً وخمسمئة، فربُّ المالِ إن شاءَ استسعى ذلك العبد في ألفٍ ومئتين وخمسينَ درهماً أو أعتقه، فإذا قبضَ ربُّ المال: أي الألف من ذلك العبدِ ضمنَ المضاربُ نصفَ قيمة الأمة.

واعلم أنَّ المصنّف ﷺ لم يقيد قوله: فادّعاه؛ بكون المضاربُ في حالِ اليسارِ عند الدعوة، كما قيَّده به في «الكَنْز»، وغيره، فإنّه قيدٌ اتّفاقيٌّ بالنظرِ إلى الولدِ والأمّ جميعاً، فإنّه كما لا يضمن قيمةَ الولدِ موسراً لا يضمنُ معسراً، بل يستسعى ربُّ المالِ الولد.

وأيضاً كما يضمنُ المضارب نصف قيمةِ الأمّ موسراً، كذلك يضمن نصف قيمتها

ولربِّ المالِ بعد قبضِ ألفِهِ تضمينُ المدَّعي نصفُ قيمتِها

ولربِّ المالِ بعد قبضِ[1] ألفِهِ تضمينُ المدَّعي نصفُ قيمتِها)، وجهُ ذلك[2]: أنّ الدعوةَ صحيحةٌ في الظَّاهر حملاً على فراشِ النِّكاح لكن لم تَنْفُذْ لعدم الملك

معسراً؛ لأنّه ضمانُ التملُّك، فلا يختلف باليسار والإعسار كما تحققه إن شاء الله ﷻ.

[1]قوله: بعد قبضه؛ وإنّما شرطَ قبضه حتى تصيرَ الأمةُ أمَّ ولدٍ للمضارب؛ لأنّها مشغولةٌ برأس المال، فإذا قبضَه من الغلامِ فرغت عن رأس المال فصارت كلّها ربحاً فيظهر فيها ملك المضارب فصارت أم ولده لما ذكرنا.

[2]قوله: وجه ذلك أنّ الدعوة...الخ؛ توضيحُهُ: إنَّ الدعوةَ وقعت صحيحة ظاهراً؛ لصدورها عن أهلها في محلّها؛ فإنّه يمكن حملُها على أنه ولدُه من النكاح بأن زوَّجَها منه البائع ثمّ باعَها منه فوطئها، فعلقت منه حملاً لأمره على الصلاح، لكنّها لا تنفذ، فإن شرطَ العتق وهو الملك مفقود، ولعدم ظهور الربح إذ كلٌّ واحدٍ من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهرُ الربح.

ألا ترى أنّه إذا هلكَ أحدُهما يأخذُ رأس المالِ من الباقي، ولو كان مجموعُها مقابلاً برأسِ المال يكون منقسماً عليهما فبهلاك أحدِهما حينئذٍ لا يجوز أخذُ رأسِ المالِ من الباقي؛ لأنَّ رأسَ المال في حقِّ الباقي هو حصَّةُ الباقي، فلا يظهر الربح: أعني الزيادةَ في مقابل رأسِ المال إلاّ فيما يزدادُ قيمتُهُ على رأس المال.

والسرُّ فيه: أنّه تقرَّر في موضعِهِ أنَّ مالَ المضاربةِ إذا صارت أجناساً مختلفةَ كلُّ واحدٍ منها لا يزيدُ على رأسِ المالِ لا يظهرَ الربحُ فيه عندنا خلافاً لزفر ﷺ؛ لأنَّ بعضَها ليس بأولى من البعض، فإن كان كذلك لم يكن للمضاربِ نصيبٌ في الأمةِ ولا في الولد.

وإنّما يثبتُ له مجرَّدُ حقِّ التصرّف، فلا تنفذُ دعوته، فإذا زادت قيمةُ الولد، وصارت ألفاً وخمسمئة ظهرَ الربحُ فيه في ذلك الوقت، فيملكُ المضاربُ منه نصفَ الزيادة، فنفذت دعوتُهُ السابقةُ فيه لوجودِ شرطها وهو فراشُ النكاح، إلا أنّها لم تنفذْ لوجود المانع، وهو عدمُ الملك، بخلاف ما إذا أعتقَ الولد ثم ظهرتِ الزيادةُ حيث لا ينفذُ اعتاقهُ السابق؛ لأنَّ الإعتاقَ إنشاء، فإذا بطلَ لعدمِ الملك لا ينفذُ بعده بحدوث الملك.

....

لأنَّ مالَ المضاربةِ إذا صارَ أعياناً[1] كلٌّ واحدٍ يساوي رأسَ المال

فإنَّ صحَّةَ الإنشاءِ تعتمدُ قيامَ المحليَّة في الحال، وصحَّة الإخبارِ تعتمدُ احتمالَ المخبرِ به في الزمانِ الماضي، وهاهنا أمكنَ المخبر؛ لاحتمالِ أن يكون على الفراش؛ لصحَّة دعوته ظاهراً فينفذُ عند وجودِ الشرط.

أمّا الدعوةُ بالولدِ فإخبار، فإذا ردّ في حقّ غيرِه فهو باقٍ في حقّ نفسه، فإذا ملكَ بعد ذلك نفذت دعوتُه، وصارَ الولدُ ابناً له، وعتقَ بقدرِ نصيبه منه، وهو ربعُه ولم يضمنَ المضارب حصَّةَ ربّ المالِ من الولد؛ لأنَّ العتقَ ثبتَ بالملكِ والنسب فصارت العلةُ ذات وجهين، والملك آخرهما وجوداً فيضافُ الحكمُ وهو العتقِ إليه؛ لأنَّ الحكمَ يضافَ إلى الوصفِ الأخير، ولا صنعَ للمضاربِ في الملك، فلا يجبُ عليه الضَّمان؛ لعدمِ التعدِّي، إذ لا يجبُ ضمانُ العتقِ إلا بالتعدِّي.

فكان ربُّ المالِ بالخيار، إن شاء أعتقَ نصيبَه من الولد، وإن شاءَ استسعاه، فإذا اختارَ الاستسعاءَ استسعاه في ألفٍ ومئتين وخمسين؛ لأنَّ الألفَ مستحقٌّ له برأسِ المال، ومائتين وخمسينَ نصيبُه من الربح.

فإذا قبضَ منه ألف درهمٍ صارَ مستوفياً لرأسِ مالِهِ فظهرَ أنّ الأمةَ كلّها ربح؛ لفراغها عن رأسِ المال، فكان بينهما نصفين، وينفذ فيها دعوة المضارب، وصارت كلّها أم ولد له، ويجبُ نصفَ قيمتها لربِّ المال موسراً كان أو معسراً؛ لأنّه ضمان التملّك.

وهو لا يختلفُ باليسار والإعسار، ولا يتوقَّفُ على التعدِّي لذلك؛ ولهذا لو ورث أمَّ ولدِه مع غيرِه يتملَّكها كلّها، ويجب عليه أن يضمنَ حصَّة غيرِه من قيمتِها موسراً كان أو معسراً بخلاف ضمانِ الإعتاق، فإنّه ضمانُ الإفساد، فلا يجبُ عليه بغير تعدٍّ إلا على معسر(1).

[1]قوله: أعياناً؛ أي أجناساً مختلفة حقيقةً أو حكماً، حتى لو كان أعياناً من جنسٍ واحدٍ كلٌّ عينٍ يساوي رأس المال، يظهر الربحُ كما إذا اشترى فرسين كلٌّ واحدٍ منها يساوي ألفاً، ورأسُ المالِ ألف كان له ربعُها، حتى لو وهبَ رجلٌ وسلَّمه إليه صحّ.

(1) ينظر: «التبيين»(٥: ٦٢ - ٦٣).

....

لا يظهرُ الرِّبح[١]، بل كلٌّ واحدٍ يصلحُ أن يكونَ رأسَ المال؛ لأنَّه يمكنُ أن يهلَكَ ما سواه، ويبقى واحدٌ فقط، فلا رجحانَ لأحدٍ لكونِهِ رأسَ المال، أو ربحاً.

ثُمَّ إذا زادت القيمةُ[٢] بعد الدَّعوةِ حتى صارَ قيمةُ الولدِ ألفاً وخمسمئة ظَهَرَ الربح، فنفذتِ الدَّعوة السابقة، ويثبت النَّسب، وعتقَ الولد لقيام ملكِهِ في البعض

أمّا العبدُ فعند أبي حنيفةَ ﷺ أجناسٌ مختلفة؛ لفحش التفاوتِ في المعاني الباطنة، وعندهما كذلك، إلا أن يرى القاضي الصلاح في الجميع، أو يتراضوا على ذلك، فحينئذٍ يجمع. كذا في «الكفاية»(١).

[١]قوله: **لا يظهر الربح**؛ فإذا لم يظهرْ الربحُ لم يكن للمضاربِ في الجارية ملك، وبدون الملك لا يثبتُ الاستيلاء.

[٢]قوله: **ثمّ إذا زادت القيمةُ**...الخ؛ ولو لم تزدْ قيمةُ الولدِ على ألف، وزادت قيمةُ الأمّ حتى صارت ألفاً وخمسمئة، صارتِ الجاريةُ أمَّ ولدٍ للمضارب، ويضمنُ لربِّ المالِ ألف درهمٍ ومئتين وخمسين درهماً؛ لأنّها لما زادت قيمتُها ظهرَ فيها الربح، وملكَ المضاربُ بعض الربح، فنفذت دعوته فيها.

ويجبُ عليه لربِّ المالِ رأسَ ماله، وهو ألف، ويجب عليه أيضاً نصيبُهُ من الربح، وهو مائتان وخمسون درهماً، فإذا وصلَ إلى يده ألفٌ استوفى رأسَ المال، وصار الولدُ كلُّه ربحاً، فيملكُ المضاربُ منه نصفه، فيعتقُ عليه، وما لم يصلْ إلى ربِّ المالِ الألفُ فالولدُ رقيق، ثمَّ يأخذ منه مئتين وخمسين، على أنّه نصيبه من الربح.

ولو ازدادت قيمتُها عتقَ الولد، وصارت الجارية أمّ ولد له؛ لأنَّ الربحَ ظهرَ في كلِّ واحدٍ منها، ويأخذُ رأسَ المالِ من المضاربِ وما بقيَ من نصيبه من الربح، ويضمنُ أيضاً نصفَ عقرها؛ لأنّه لما استوفى رأسَ المالَ ظهر أنّه ربح؛ لأنَّ عقرَ مال المضاربةِ يكون للمضاربة، ويسعى الغلامُ في نصيب ربِّ المال، ويسقط عنه نصيبُ المضارب. ذكره العَيْنِي(٢)، وغيره.

---

(١) «الكفاية»(٧: ٤٢٧).

(٢) في «رمز الحقائق»(٢: ١٧٤).

....

ولا يضمنُ لربِّ المال[١] شيئاً؛ لأنَّ عتقَه بالدَّعوة وبالملك، والملكُ مؤخَّرٌ فيضافُ[٢] إليه، ولا صنع له فيه؛ لأنَّه ضمان إعتاق، فلا بُدَّ له من صنع، فله الاستعساءُ في رأسِ المال ونصفُ الرِّبح أو الاعتاقِ عند أبي حنيفةَ ﷺ، فإذا قَبَضَ الألفَ فله أن يُضَمِّنَ المضاربَ الذي ادَّعى الولدَ نصفَ قيمةِ الأمّ؛ لأنَّ الألفَ المأخوذَ صارَ رأسَ المال؛ لتقدُّمِهِ استيفاءً، فالجاريةُ كلُّها ربحٌ[٣] لكن نَفَذَتِ الدَّعوةُ السَّابقة، وصارتْ أمَّ وَلِد له، فيضمنُ نصفَ قيمتِها[٤]؛ لأنَّه ضمانُ تَمَلُّكٍ فلا يشترطُ له صنع[٥].

---

[١]قوله: ولا يضمنُ لربِّ المال؛ يعني موسراً كان أو معسراً؛ لأنَّ نفوذَ العتقِ بمعنى حكميّ لا صنعَ للمضاربِ فيه، وهو ظهورُ الفضلِ في قيمته، وذلك يمنع وجوبَ الضمانِ عليه لشريكه. كذا في «الكافي».

[٢]قوله: فيضاف...الخ؛ لأنَّ الحكم إذا ثبتَ بعلَّةٍ ذات وصفين يضافُ إلى آخرهما وجوداً. كما مرَّ آنفاً.

[٣]قوله: فالجاريةُ كلّها ربح؛ وإنّما لم يجعل الجاريةَ رأسَ المالِ وجميعُ الولدِ ربحاً؛ لأنّ ما يجبُ على الولدِ من جنسِ رأس المال، وإنّه مقدَّمٌ في الاستيفاء، فكان تعيُّنُه لرأسِ المال أولى، ولمَّا صارتِ الجاريةُ ربحاً فعقرها الواجب على المضاربِ يصيرُ ربحاً أيضاً، فيكون بينهما. كذا في «الكفاية»(١).

[٤]قوله: فيضمنُ نصفَ قيمتها؛ وهو نصيبُ ربِّ المال، وهذا كما إذا تزوَّج رجلٌ جاريةَ أخيه فمات الأخ المولى، وترك تلكَ الجاريةِ ميراثاً بين ذلك الزوجِ وأخ آخر، فالزوج يملكها من غير صنعه، فيضمنُ نصيبَ شريكه، وهو الأخ الآخر.

[٥]قوله: فلا يشترط له صنع؛ فإنَّ ضمانَ التملكِ يرجعُ إلى المحلّ، فيستوي فيه للتعدّي، وغيره كالنائمِ إذا انقلبَ على شيءٍ فأتلفه فظهرَ أنَّ ضمانَ التملّك لا يستدعي صنعاً، بل يعتمد الملك وهو حاصل حينئذٍ.

---

(١) «الكفاية»(٧: ٤٢٨ - ٤٢٩).

باب المضارب الذي يضارب[1]

(ولا يَضمَنُ المضاربُ[2] بدفعِهِ مضاربةً

[1]قوله: باب المضارب يضارب؛ المشهور أنَّ المصنّف ﷺ لمّا فرغَ عن بيانِ المضاربةِ المفردةِ شرعَ في بيان المركّبة، فإنَّ المركَّبَ يتلو المفردَ طبعاً، فكذا وضعاً، لكن فيه كلام؛ فإنَّ مضاربةَ المضاربِ وإن كانت بعد مضاربةِ ربِّ المالِ إلا أنّها مفردةٌ أيضاً غيرُ مركّبة من المضاربتين.

فالأولى أن يقال: لمّا فرغَ المصنِّف ﷺ عن بيانِ حكم المضاربةِ الأولى شرعَ في بيانِ حكمِ المضاربةِ الثانية، فإنَّ الثانيةَ تتلو الأولى أبداً.

وفي قولِهِ: باب؛ يصحُّ التنوين وعدمه، أمّا التنوين فعلى أنّه خبرُ مبتدأ محذوف؛ أعني هذا، وقوله: المضارب مبتدأ، وخبره: يضارب، فالمعنى: إنَّ المضاربَ تقعُ منه المضاربة، وأمّا عدمُ التنوينِ فعلى أنّه مضافٌ إلى قوله: المضاربُ يضارب.

وقوله: يضارب؛ إمّا صفةٌ لقوله: المضارب أو حالٌ منه، لكن في تقديرِ الصفة خدشةٌ ظاهرة وهو عدمُ التطابقِ بين الموصوفِ وصفتِه في التعريف والتنكير؛ لكونِ الجملةِ في حكم النكرة، اللَّهُمَّ إلا أن يقال: اللام في المضارب للجنس، فيكون بمَنْزلةِ النكرة.

وعلى الحاليّة يرادُ أنَّ الحال لا تجيء من المضافِ إليه إلا في صورِ ثلاث، وهذا ليس منها، فالأولى في صورة الإضافة ما في بعض النسخ: باب المضارب الذي يضارب.

[2]قوله: ولا يضمن المضارب...الخ؛ يعني إنَّ المضاربَ إذا دفع مال المضاربةِ إلى غيرِهِ مضاربةً بلا إذنٍ من ربِّ المال فلا ضمانَ على المضاربِ إذا هلكَ المالُ بمجرَّدِ الدفعِ ما لمْ يعملْ المضارب الثاني في المال، وإذا عمل ضمنَ الدّافعُ سواءً ربح الثاني أو لا.

وهذا في ظاهرِ الرِّواية عن الإمام، وهو قولهما، وفي رواية الحسن ﷺ عن الإمام: إنّه لا يضمن بالعمل أيضاً ما لم يربح، وعند زفر ﷺ: يضمنُ بالدَّفع سواءً تصرَّفَ أو لم يتصرَّف، وهو روايةٌ عن أبي يوسفَ ﷺ، هو قول الأئمّة الثلاثة.

بلا إذنٍ إلى أن يعملَ الثَّاني في ظاهرِ الرِّواية ، وهو قولُهما ، وإلى أن يربحَ في روايةِ الحَسَنِ ﷺ عن أبي حنيفةَ ﷺ

بلا إذن[1] **إلى أن يعملَ الثَّاني في ظاهرِ الرِّواية ، وهو قولُهما ، وإلى أن يربحَ في روايةِ الحَسَنِ ﷺ عن أبي حنيفةَ ﷺ)**، وجه الأوَّل[2] : أنَّ الدَّفعَ قبل العمل إيداع ، وهو يملكُه ، فإذا عملَ تبيَّنَ أنَّه مضاربة ، فيضمن[3] ، وجه الثَّاني[4] : أنَّ الدَّفعَ قبل العملِ إيداع ، وبعده إبضاع ، وهو يملكُهما ، فإذا رَبِحَ ثبتَ الشَّركة ، فحينئذٍ يضمن ، كما لو خُلِطَ بغيرِه

[1]قوله : **بلا إذن** ؛ كان ينبغي أن يقول : بلا إذن أو تفويض ، فإنّه إذا قال ربُّ المالِ للمضارب : اعملْ برأيك ، فالمضاربُ تملّك أن يضاربَ حينئذٍ. كما صرَّحوا به.

[2]قوله : **وجه الأوّل...الخ** ؛ هذا دليلٌ على ما في ظاهرِ الرّواية.

حاصله : إنَّ الدفعَ حقيقة إيداع ، وله ولايةُ ذلك ، وإنّما يثبتُ كونه للمضاربةِ إذا صدرَ العملُ من الثاني ، فوجبَ رعاية الحال ، والتوقُّفُ في الحكم ، حتى إذا عمل الثاني وجبَ الضمان وإلا فلا ، وقد يستدلُّ بأنَّ الرِّبحَ إنّما يحصلُ بالعمل ، فقام بسبب حصولِ الرِّبحِ مقامَ حقيقة حصوله في صيرورةِ المالِ مضموناً به.

[3]قوله : **فيضمن** ؛ وهذا إذا كانت المضاربتان صحيحتين ، وأما إذا كانت إحداهما فاسدة أو كلتاهما ، فلا ضمانَ على واحدٍ منهما ؛ لأنّه إن كانت الثانيةُ هي الفاسدةُ صار الثاني أجيراً ، وللأوّل أن يستأجِّرَ مَن يعملُ في المال ، وإن كانت هي الأولى فكذلك ؛ لأنّ فسادها يوجبُ فسادَ الثانية ؛ لأنّ الأولى لّما فسدت صارَ إجارة ، وصارَ الربحُ كلُّهُ لربِّ المال.

ولو صحَّت الثانيةُ في هذه الحالةِ لصارَ الثاني شريكاً ، وليس للأجيرِ أن يشاركَ غيره ، فكانت فاسدةً بالضرورة ، وكانا أجيرين ، وكذا إذا كانا فاسدتين ، وإذا كانا أجيرين لا يضمن واحدٌ منهما. كما صرّحوا به.

[4]قوله : **وجه الثاني...الخ** ؛ هذا استدلالٌ على ما رواهُ الحسن ﷺ عن الإمام ، وحاصله : إنّ دفعَ المضارب الأوّل قبل عملِ المضاربِ الثاني إيداع ، وبعده إبضاع ، والفعلان يملكهما المضارب ، فلا يضمن بهما إلا أنَّ المضاربَ الثاني إذا رَبِحَ فقد ثبت له شركةٌ في المال ، فيضمن لإشراكه الغير في ربحِ مال ربِّ المال ، وهذا كما إذا خلطَ مالَ المضاربةِ بغيرِ مالها.

....

وعند زفرَ ﷺ: يَضْمَنُ بمجرَّدِ الدَّفع[1].

ثـمَّ اعلم أنَّ الضمان لَمّا وجبَ بعملُ المضارب الثاني في ظاهرِ الرواية، وبالربحِ في رواية الحسنِ ﷺ عن الإمام.

ففـي الـروايةِ المشهورةِ فـيه: ربُّ المـالِ إن شـاءَ ضمَّنَ المضاربَ الأوّل رأسَ ماله؛ لـتعدّيه عليه، وإن شـاءَ ضـمَّنَ الثاني لقبـضِهِ بغـير إذن المالـك، وإن اختـارَ رَبُّ المـالِ أن يأخـذَ الرِّبح ولا يُـضَمِّن لـيس لـه ذلـك، فـإن ضَـمَّنَ الأوّل صـحَّتِ المـضاربةُ بينه وبـين الثانـي؛ لأنّـه ملكَـهُ بالـضمانِ من حين خالفَ بالدَّفع إلى غيره لا على الوجهِ الذي رضيَ به، فصار كما إذا دفعَ مالَ نفسه، وكان الربحُ على ما شرطَ.

وإن ضـمَّنَ الثانـي رجـعَ ممّا ضَمَّنَ علـى الأوّل بالعقـد؛ لأنـه عامـل لـه كالمودع، ولأنـه مغـرورٌ مـن جهـةٍ في ضـمن العقد، وصحَّتِ المضاربةُ بينهما، ويكون الربح بينهما على ما شرطا، ويطيب للثاني ما ربح؛ لأنّه يستحقُّه بالعمل.

ولا خبثَ في العمـل، ولا يطيبُ للأوّل لأنّه يستحقُّه بملكِهِ المستندِ بأداءِ الضمان؛ لأنّـه يـستحقُّهُ برأسِ المال، والملك في رأسِ المال حصلَ بأداءِ الضمانِ مستنداً، ولا يعرى عـن نـوعِ خبث؛ لأنّـه ثابتٌ من وجهٍ دونَ وجه، فمن حيث أنّه لا مَلكَ له تمكَّن الخبثُ فيه، فيكون سبيلُهُ التصدّق.

وقيل: على الخلاف في إيداعِ المودع، فيضمنُ الأوَّل فقط، ولا يضمنُ الثاني عند الإمـام، وعـندهما يـضمنُ بناءً علـى اختلافهـم في مودعِ المودع، فإنَّ عنده: لا يضمن، وعندهما: يتخيَّر.

والفـرق بينهما للإمـامِ أنَّ مـودعَ المودعِ كان يقبضُهُ لنفعِ الأوّل فلا يكون ضامناً؛ لأنَّ علـى الأوَّل حفظـه الـوديعة، فـإذا دفـعَ إلى غـيره يكـون الثانـي عـاقلاً لـه بأمـرِهِ في القبض، فينتقل عملُهُ إلى الأوّل، فصار كأنّه حفظَ بنفسه.

ولـو هلـكَ في يـد الأوّل لا يجـب الـضمان، وكـذا إذا هلـكَ في يـد الثانـي، وأمّـا المضاربُ الثاني فعاملٌ لنفسه في القبض؛ لأنّه لم يكتسبه إلا لتحصيلِ الربحِ لنفسه، فلا ينتقلُ عملُهُ إلى الأوّل. كما في شروحِ «الهداية» و«الكنز»[1].

[1]قوله: **يضمن بمجرّد الدفع**؛ لأنَّ الذي يمكنه المضاربُ الأوّل هو الدفع على

---

(١) ينظر: «التبيين»(٥: ٦٤).

فلو أذنَ بالدَّفعِ فدفعَ بالثُّلُث، وقيل له: ما رَزَقَ اللهُ تعالى بيننا نصفان، فنصفُ ربحِهِ للمالكِ، وسدسُهُ للأَوَّل، وثُلُثُهُ للثَّاني، وإن قيل له: ما رزقك الله تعالى، فلكلٍّ ثُلُث

(**فلو أذنَ**[1] **بالدَّفعِ فدفعَ بالثُّلُث، وقيل له: ما رَزَقَ اللهُ تعالى بيننا نصفان، فنصفُ ربحِهِ للمالكِ، وسدسُهُ للأَوَّل، وثُلُثُهُ للثَّاني، وإن قيل له**[2]**: ما رزقك الله تعالى، فلكلٍّ ثُلُث**)؛ لأنَّ المالكَ[3] قد أذنَ بالدَّفعِ مضاربة، فللمضاربِ الثَّاني ما شَرَطَ له المضاربُ الأَوَّل، فما رزقَ اللهُ المضاربَ الأَوَّل، وهو الثُّلُثَان يكونُ نصفينِ بينه وبين ربِّ المال.

وجه للإيداع، وهذا الدفع على وجه المضاربة، فصار مخالفاً، فيضمنُ لا محالة.

[1]قوله: **فلو أذن**...الخ؛ يعني لو أذنَ ربُّ المالِ للمضاربِ بالدفعِ إلى آخر بالمضاربة، فضاربَ المضارب بالثلث، وكان ربُّ المال قال للمضاربِ الأوّل: ما رزقَ الله بيننا نصفان، فعمل الثاني وربح، فنصفُ الربحِ لربِّ المال، وسدسُهُ للمضارب الأوّل، وثلثه للمضاربِ الثاني؛ لأنَّ الدفعَ إلى المضاربِ الثاني مضاربة؛ لأنّه كان بإذنِ المالك.

وقد شرطَ لنفسِهِ نصفَ جميعِ ما رزقَ الله تعالى، وقد جعلَ المضاربُ الأوّل للثّاني ثلثه، فينصرف ذلك إلى نصيبه؛ لأنّه لا يقدرُ على أن ينقصَ من نصيبِ ربِّ المالِ شيئاً، فبقيَ للأوّلِ السدس.

ويطيب ذلك الربحُ للكلّ؛ لأنَّ ربَّ المال يستحقُّه بالمال، وهما بالعمل، وإن كان المضاربُ الأوّل لم يعملْ شيئاً بنفسه، لكن وقعَ له فعلُ الثاني، كما إذا استأجَرَ زيدٌ على خياطةِ ثوبٍ بدرهم، فاستأجرَ غيرَه على عملِ الخياطةِ بنصفِ درهم.

[2]قوله: **وإن قيل له**...الخ؛ يعني وإن قال ربُّ المالِ للمضاربِ الأوّل: ما رزقَكَ اللهُ فهو بيننا نصفان، فلكلٍّ من ربِّ المالِ والمضاربِ الأوّل والثاني ثلثُ الربح.

[3]قوله: **لأنّ المالك**...الخ؛ حاصله: إنّ ربَّ المالِ فوَّض التصرّف إلى المضاربِ الأوّل، وجعل لنفسه نصفَ ما رزقَ المضاربُ الأوّل، وهو رزقُ الثلثين، فهذان الثلثان يكونان بين ربِّ المالِ والمضاربِ الأوّل نصفين.

ولو قيل: ما ربحتَ فهو بيننا نصفان، ودفع بالنِّصف، فللثَّاني نصف، ولهما نصف، ولو قيل: ما رزقَ الله تعالى فلي نصف، أو ما فضلَ فنصفان، وقد دَفَعَ بالنِّصف، فنصفه للمالك ونصفه للثَّاني، ولا شيءَ للأَوَّل

(ولو قيل[1]: ما ربحتَ فهو بيننا نصفان، ودفع بالنِّصف، فللثَّاني نصف، ولهما نصف)؛ لأنَّ[2] ربحَ المضاربِ الأوَّل النصف، وهو مشتركٌ بينه وبين ربِّ المال.

(ولو قيل[3]: ما رزقَ الله تعالى فلي نصف، أو ما فضلَ فنصفان، وقد دَفَعَ بالنِّصف، فنصفه للمالك ونصفه للثَّاني، ولا شيءَ للأَوَّل

[1]قوله: **ولو قيل**...الخ؛ يعني ولو قال ربُّ المال للمضاربِ الأوّل: ما ربحتَ من شيءٍ فهو بيننا نصفان، والحال أنّ المضاربَ الأوّل دفعَ إلى غيرِه بالنصف، فلذلكَ الغيرُ النصف، والباقي بين المضاربِ الأوّل وربَّ المالِ على السوية.

[2]قوله: **لأنَّ ربح**...الخ؛ تقريره: إنَّ المضاربَ الأوّل شرطَ للمضارب الثاني نصفَ الربح، وذلك الشرطُ صحيح؛ لكونِهِ بإذنِ المالك، فيستحقُّ المضاربُ الثاني ذلك النصف على وفقِ الشرط، والباقي وهو النصف يستوي فيه ربُّ المالِ والمضاربُ الأوّل، فيكون بينهما نصفين، فإنَّ ربَّ المالِ لم يشترطْ لنفسه إلا نصفَ ما ربحه المضارب الأوّل، وهو لم يربحْ إلا النصف.

ولا فرقَ في هذه الصورةِ والصورةِ السابقةِ إلا من حيثُ اشتراطُ المضارب الأوّل للمضاربِ الثاني، فإنَّ في الصورةِ السابقةِ شرطَ له الثلث، فكان ما بقيَ بينهما، وفي هذه الصورةِ شرطَ له النصف، فكان النصفُ الباقي بينهما.

[3]قوله: **ولو قيل: ما رزق الله**...الخ؛ يعني ولو قال ربُّ المال للمضارب الأوّل: ما رزقَ الله فلي نصفُه، أو قال له: ما فضلَ فبيني وبينك نصفان، والحال أنّ للمضاربِ الأوّل دفعُ رأسِ المالِ إلى آخر مضاربةً بالنِّصف، فالنصفُ لربِّ المالِ والنصفُ للمضاربِ الثاني، ولا شيء للمضاربِ الأوّل؛ لأنَّ قولَ ربِّ المال ما رزقَ الله أو ما فضلَ ينصرفُ إلى جميعِ الربح، فيكون له النصفُ عن الجميع.

وقد شرطَ المضاربُ الأوّل للمضاربِ الثاني نصفَ جميع الربح، فيكون له أيضاً النصف، فلم يبقَ للأوّل شيء، فيخرجُ بغير شيء، وهذا كما إذا استأجر زيدٌ بكراً ليخيطَ له ثوباً بدرهم، فاستاجرَ بكرٌ أجيراً غيره ليخيطَ ذلك الثوبَ بدرهم، فلا يكون لبكرٍ شيء من الأجرة.

ولو شرطَ الأَوَّل للثَّاني ثُلُثَيْه فللمالك والثَّاني شرطُهما، وعلى الأَوَّلِ السُّدُس، وصحَّ شرطُهُ للمالك ثُلُثاً

ولو شرطَ الأَوَّل[1] **للثَّاني ثُلُثَيْه فللمالك والثَّاني شرطُهما، وعلى الأَوَّل السُّدُس**)؛ لأنَّ للمالكِ[2] النِّصْفَ، وللمضارب الثَّاني ثلثين، فيضمنُ المضاربُ الأَوَّل السُّدُس.

(**وصحَّ شرطُهُ**[3] **للمالك ثُلُثاً**

والأصلُ هاهنا: إنّ ربَّ المال متى شرطَ لنفسه نصفَ الربح أو ثلثه من مطلقِ الربح فله ما شرطَ من جميعِ الربح، وإن شرطَ لنفسِهِ نصفَ ما ربحَه المضاربُ الأوّل أو ثلثه فله ما شرطَ مِمَّا فضلَ من نصيب الثاني، ففي هذه الصورةِ لا يمكنُ خروجُ المضاربَ الأوّل بغيرِ شيء، وفي الصورةِ الأولى يمكن كما عرفت.

[1]قوله: **ولو شرط الأوّل**...الخ؛ يعني ولو شرطَ المضاربُ الأوّل للمضارب الثاني ثلثي الربح، وقد قال ربُّ المال: لي نصفُ الربح، فلربِّ المال النصف، وللمضارب الثاني الثلثان، ويضمنُ المضاربُ الأوّل للمضاربِ الثاني سدساً من ماله.

[2]قوله: **لأنّ للمالك**...الخ؛ تقريره: إنّ المالكَ شرطَ لنفسه نصفَ الربح، واستحقَّ المضاربُ الثاني ثلثي الربحِ بشرطِ الأوّل؛ لأنَّ شرطه صحيح؛ لكونه معلوماً، لكن لا ينفذُ في حقِّ المالك، إذ لا يقدرُ أن يغيِّرَ شرطَه، فيغرمُ له قدر السدس تكملةَ للثلثين؛ لإلتزامه بالعقد، وهذا كمَن استأجَّرَ رجلاً ليخيطَ له ثوباً بدرهم، فدفعَه الأجيرُ إلى مَن يخيطَه بدرهمين.

[3]قوله: **وصحّ شرطه**...الخ؛ يعني لو شرطَ المضاربُ لربِّ المالِ ثلثَ الربح، ولعبدِ ربِّ المالِ ثلثَ الربح على أن يعملَ ذلك العبدُ مع المضارب، ولنفسِهِ ثلثَ الربح، فهو جائزٌ سواءً كان على العبدِ دينٌ أو لا؛ لأنّ اشتراطَه للعبد يكون اشتراطاً للمولى، فكأنّه شرط للمولى ثلثي الربح.

واشتراطُ عملِ العبدِ غير مفسد؛ لأنّ العبدَ أهلٌ أن يضاربَ في مالِ مولاه، وللعبد يدٌ حقيقةٌ، ولو كان محجوراً حتى يمنعَ السيدُ عن أخذ ما أودعه عبده المحجور، والعبدُ هاهنا صار مأذوناً باشتراطِ العملِ عليه، فلا بدَّ لمولاه بعد تسليمِ المالِ إليه فصحَّت المضاربةُ لزوالِ يدِ المولى عن المال.

ولعبده ثُلُثاً ليعملَ معه ، ولنفسِهِ ثُلُثاً

ولعبده[1] ثُلُثاً ليعملَ معه[2]) : أي مع المضارب ، (ولنفسِهِ ثُلُثاً.

بخلافِ اشتراطِ العمل على ربِّ المال ، فإنّه يفسد ؛ لأنّ ذلك الاشتراط مانعٌ من التسليم ، ثم إن لم يكن على العبد دين فهو للمولى ، سواء شرطَ فيها عملَ العبد أو لم يشترط ، وإن كان عليه دين فهو لغرمائه إن شرطَ عمله ، وإن لم يشترطْ عملَه فهو للمولى ؛ لأنّه باشتراطِ عمله صارَ مضارباً في مال مولاه.

وقد صار مأذوناً لما سلف ، فيكون كسبه له ، فيأخذ غرماؤه وإلا فهو للمولى ، وإن لم يشترطْ عمله فهو أجنبيٌّ من العقد ، فكان كالمسكوتِ عنه ، فيكون لربِّ المال ؛ لأنّه نماءُ ملكه إذ لا يشترطُ بيان نصيبه ، وإنّما يشترط بيانُ نصيبِ المضارب ؛ لكونه كالأجير ، وهذا إذا كان العاقدُ هو المولى.

ولو عقدَ العبدُ المأذون عقدَ المضاربة مع أجنبيّ ، وشرط العمل على المولى لا يصحّ إن لم يكن على ذلك العبد دَين ؛ لأنّ هذا اشتراطُ العملِ على المالك ، وهو مفسد للعقد ، وإن كان على ذلك العبد دينٌ صحَّ عند الإمام ؛ لأنّ المولى لا يملكُ كسبَ عبده المديون ، فصار من أهلِ أن يعملَ في مالهِ المضاربة ، وعندهما يملك ، فلا يصحّ. كذا في «الهداية»(١) ، وغيرها.

[١]قوله : ولعبده ؛ أي ولعبدِ ربِّ المال ، قيّد به ؛ لأنَّ عبدَ المضاربِ لو شرط له شيء من الربح ولم يشترط عمله لا يجوز ، ويكون ما شرطَ لربِّ المال إذا كان على العبدِ دين ، وإلا لا يصحّ سواء شرطَ عمله أو لا ، ويكون للمضارب. كذا في «البحر»(٢) ، وغيره.

[٢]قوله : ليعمل معه ؛ اشتراطُ عملِ العبدِ عادي ، فإنّ العادةَ في نحو ذلك أن يكون العبدُ معيّناً في العمل وليس بقيد ، بل يصحُّ الشرط ، ويكون للمولى وإن لم يشترط عملَه.

(١) «الهداية»(٣ : ٢٠٨).
(٢) «البحر الرائق»(٧ : ٢٦٧).

فصل في العزل والقسمة

وتبطلُ بموتِ أحدِهما، ولحاق المالكِ بدار الحرب مرتدّاً

فصل في العزل والقسمة

وتبطلُ[1] بموتِ أحدِهما[2]، ولحاق المالكِ[3] بدار الحرب مرتدّاً[4])، بخلافِ لحاقِ المضاربِ[5] بدارِ الحربِ مرتدّاً، حيث لا يبطلُ المضاربة؛ لأنَّ له عبارةً صحيحةً

[1]قوله: **وتبطل...الخ**؛ يعني إنّ المضاربةَ تبطلُ بموتِ ربِّ المال أو المضارب، قال: المضاربةُ وكالة، وهي تبطلُ بموتِ الموكِّل؛ لكونها عقداً جائزاً غيرُ لازم، فكان لبقائها حكمُ الابتداء، فيشترطُ قيامُ الآمر كلّ ساعة، وكذا يبطلُ بموتِ الموكّل لقيامها فيه، ولا تورث لكونها غيرُ لازمة، وقد مرَّ التفصيلُ في «كتاب الوكالة» فانظر فيه.

[2]قوله: **بموتِ أحدهما**؛ سواء عَلِمَ المضاربُ بموتِ ربِّ المال أم لم يعلم، حتى لا يملكَ الشراءَ بعد ذلك بمالِ المضاربة، ولا يملكُ السفر، ويملكُ بيعَ ما كان عرضاً لنفسِ المال؛ لأنّه عزلٌ حكميّ. كذا في «فتاوى قاضي خان».

[3]قوله: **ولحاقُ المالك**؛ يعني وتبطلُ المضاربةِ بلحاقِ ربِّ المالِ بدار الحرب مرتدّاً؛ لأنّ اللحوقَ بدارِ الحربِ بمنْزلةِ الموت؛ ولذا يقسّم مالُه بين ورثتِه، ويعتقُ مدبَّروه وأمَّهات أولاده، كما في الموتِ الحقيقي.

وقبل لحوقِه بدارِ الحرب يتوقّفُ تصرُّفُ مضاربه عند الإمام؛ لأنّه يتصرَّف للمالك، فصارَ كتصرُّفِه بنفسه، ولو تصرَّف المالكُ في هذه الصورة؛ أي إنّ تصرُّفَه موقوفاً عنده؛ لارتداده فكذا تصرف نائبه.

[4]قوله: **مرتدّاً**؛ ولم يعد مسلماً، أمّا إذا رجعَ مسلماً جازَ جميعُ ما فعل المضارب من البيعِ والشراء، و[كان] عقدهما المضاربة على ما شرطا، أمّا إذا لم يتّصل قضاءُ القاضي بلحاقه؛ فلأنَّ هذا بمنْزلةِ الغيبة، فلا يوجبُ العزلَ ولا بطلان الأهليّة.

وأمّا بعد اللحاقِ وقضاءِ القاضي به، فالوكيلُ ينعزلُ بخروجِ محلِّ التصرّف عن ملكِ الموكّل، وأمّا هاهنا لا يبطلُ لمكانِ حقّ المضارب، كما لو ماتَ حقيقة. كذا في «الكفاية»[1] نقلاً عن «المبسوط».

[5]قوله: **بخلافِ لحاقِ المضارب**؛ هذا فائدة قيّد اللحاق بالمالك، فالمضارب لو

---

(1) «الكفاية»(7: 435).

ولا ينعزلُ حتى يعلمَ بعزله، فلو علم فله بيعُ عرضِها، ثُمَّ لا يتصرَّفُ في ثمنِه، ولا في نقدِ نضَّ من جنسِ رأسِ ماله، ويُبَدِّلُ خلافَهُ به إستحساناً

(**ولا ينعزلُ**[1] **حتى يعلمَ بعزله**): أي إن عزلَ ربُّ المالِ المضاربَ لا ينعزلُ حتى يعلمَ بعزلِه، (**فلو علم**[2] **فله بيعُ عرضِها، ثُمَّ لا يتصرَّفُ في ثمنِه**[3]، **ولا في نقدِ نضَّ**[4] **من جنسِ رأسِ ماله**): نضَّ: بالضَّادِ المعجمة: أي صارَ نقداً[5]، (**ويُبَدِّلُ خلافَهُ به إستحساناً**)

لحقَ بدارَ الحربِ مرتدّاً لا يبطلُ المضاربة؛ لأنَّ له عبارةٌ صحيحة، فإن صحّة عبارتِهِ لكونه عاقلاً بالغاً، ولأنّه صانَ فيه بعد الردّة؛ لأنّه يتكلّم عن عقلٍ وتمييز، كما يتكلّم قبل الردّة؛ ولذا لو أسلمَ صحَّ إسلامه، وتصرّفات المرتدِّ إنّما تتوقّفُ عند الإمام؛ للتوقّف في أملاكه، ولا ملكَ للمضاربِ في مال المضاربة، فبقيت المضاربةُ على حالها.

[1]قوله: **ولا ينعزل**؛ أي المضارب؛ لأنّه وكيلٌ من جهةِ ربِّ المال، فيشترط فيه العلمُ بعزله. كما مرّ في «كتاب الوكالة».

[2]قوله: **فلو علم**...الخ؛ يعني إنَّ المضاربَ لو علمَ بعزلِهِ بعدما صارَ مالُ المضاربةِ عرضاً، فله بيع عرضها، ولا يمنعُهُ العزلُ من ذلك، فإنّ حقَّ المضاربِ قد ثبتَ في الربح، وإنّما يظهرُ بالقسمة، وقسمةُ الربحِ تتوقَّفُ على تميُّزِ رأس [المال]، وهو لا يحصلُ إلا بالبيع.

[3]قوله: **ثمَّ لا يتصرَّف في ثمنه**؛ يعني إنَّ المضاربَ بعدما باعَ هذا العرض لا يتصرَّفُ بالبيعِ ونحوه في ثمنِ ما باع؛ لأنَّ البيعَ بعد العزلِ كان للضرورة؛ ليظهرَ الربح، ولا حاجةَ إليه بعد النقد، ولا يملكُ المالكُ فسخَها في الحالة؛ لأنَّ للمضاربَ حقّاً في الربح. كذا في «البحر»[1]، وغيره.

[4]قوله: **ولا في نقدِ نض**... الخ؛ حاصلُه: إنّ مالَ المضاربةِ إن كان نقداً من جنسِ رأسِ المالِ حين عَلِمَ المضاربُ بعزلِهِ لا يتصرَّفُ فيه لعدمِ الحاجة إليه، وهو معزول.

[5]قوله: **أي صار نقداً**؛ قال في «المصباح المنير»: نضَّ الماء ينضُّ من باب ضربَ

(1) «البحر الرائق»(٧: ٢٦٨).

ولو افترقا وفي المال دينٌ لزمَهُ اقتضاء دينه إن كان رَبِح، وإلا لا

أي يُبَدِّلَ نقداً[١] نَضّ، لكنَّه خلافُ جنسِ رأسِ المالِ بأن كان رأسُ المالِ دراهم، والنَّقْدُ دنانير، أو بالعكس، وفي القياس: لا يُبَدِّلَهُ لوجودِ العزل، ولا ضرورة[٢] بخلافِ العروض، وجهُ الاستحسان[٣]: أنَّ الرِّبحَ لا يظهرُ إلا عند اتِّحادِ الجنس، فتحقَّقت الضَّرورة.

(ولو افترقا[٤] وفي المال دينٌ لزمَهُ اقتضاء دينه إن كان رَبِح، وإلا لا)

نضيضاً: خرجَ قليلاً، ونضَّ الثمن: حصل وتعجَّل، وقال ابنُ القوطيّة رحمه الله: نضَّ الشيءُ: حصل، والناضُّ من المال: ما له مدّة بقاء، وقال: أهل الحجاز يسمّون الدراهمَ والدنانيرَ نضّاً وناضّاً.

وقال أبو عبيدة رحمه الله: إنّما يسمّونه ناضّاً إذا تحوّل عيناً بعد أن كان متاعاً؛ لأنّه يقال: ما نضّ بيدي منه شيء؛ أي ما حصلَ دخل، ما نضَّ من الدين؛ أي ما تيسّر. انتهى. وقال في «الصراح»: نضّ: درم دينار نقد شد. انتهى.

[١]قوله: **أي يبدل نقداً**...الخ؛ يعني إنّ مالَ المضاربة إن كان من غير جنسِ رأسِ المال بأن كان رأسُ المالِ دنانير، والنقدُ دراهم، أو بالعكس، فله أن يبدلَ النقدَ بجنس رأس المال وإن عزل، وهذا استحساناً، والقياسُ عدمُ التبديل.

وبالجملة؛ إنَّ المضاربَ إذا كان معزولاً ومالُ المضاربةِ من جنس رأس المال من كلِّ وجه، بأن كان دراهمَ أو دنانير، لم يتصرَّفْ المضاربُ فيه أصلاً.

وإن لم يكن من جنسِهِ من كلّ وجهٍ بأن كان مالُ المضاربةِ عرضاً، ورأسُ المالِ أحد النَّقدين لم يعملْ عزله، وتوقَّفَ حتى صار مثل رأسَ المال، وإذا كان من جنسِه من وجه، بأن كان أحدُهما دراهمَ والآخرُ دنانير، صرَفه بما هو من جنسِ رأس المالِ دون العروض استحساناً، وإن كان القياسُ عدمَ التبديل.

[٢]قوله: **ولا ضرورة**؛ لأنَّ النقدين من جنسٍ واحدٍ من حيث الثمنيّة، فصار كأنّ رأس المال قد نضّ بخلافِ العروض، فإنّها ليست من جنسِ رأسِ المال؛ لعدم المجانسة بينهما.

[٣]قوله: **وجه الاستحسان**...الخ؛ تقريره: إنَّ الواجبَ للمضاربِ أن يردَّ مثل رأسِ المال، وهو يتحقَّقُ بردِّ جنسه، فكان له تبديلُهُ بجنسِهِ ضرورة.

[٤]قوله: **ولو افترقا**...الخ؛ يعني إنَّ المضاربَ وربَّ المال لو افترقا بالفسخ، وكان

ويوكِّلُ المالك به، وكذا سائرُ الوكلاء

لأنّه إن كان ربحَ فهو[١] يعملُ بالأجرة(١)، وإن لم يكن ربح، فهو متبرِّعٌ في العمل[٢]، (**ويوكِّلُ المالك به**): أي إن لم يكنْ ربح فالمضاربُ بعد الافتراق يوكِّلُ المالك بالاقتضاء، فإن المشتري[٣] لا يَدْفَعُ الثَّمَنَ إلى ربِّ المال؛ لأنَّ الحقوقَ ترجعُ إلى الوكيل، فلا بُدَّ من توكيلِ المضاربِ المالك، (**وكذا سائرُ الوكلاء**)[٤]: أي إن امتنعَ سائرُ الوكلاءِ عن الاقتضاء يوكِّلونَ الملاكَ.

في المال دين على الناس، لزم على المضاربِ مطالبةُ الدَّينِ شرعاً إن كان فيه ربح؛ لأنّه يأخذُ الربح، فعليه عمل الطلب، وإن لم يكن فيه ربح فلا يلزمُهُ المطالبة؛ لأنّه وكيلٌ محض، وهو متبرِّع.

[١]قوله: **فهو يعمل بالأجرة**؛ لأنّه كالأجير، والربحُ كالأجرة له؛ لأنّه استحقَّ الربح بأن عملَه، وقد سلَّم له بدلَ عمله وهو الربح، فيجبرُ على إتمامِ عملِه، ومن إتمامِهِ استيفاءُ ما وجبَ من الدِّيونِ على الناس(٢).

[٢]قوله: **فهو متبرِّعٌ في العمل**؛ ولا جبر على المتبرِّع، ألا ترى أنَّ الواهب لا يجبرَ على التسليم، فإن قيل: ردّ رأسَ المالِ على الوجهِ الذي قبضَه واجبٌ عليه، وذلك لا يتمُّ إلا بالقبض، وما لا يتمُّ الواجبُ إلّا به فهو واجب، أجيب: ثمة بأنّ الواجبَ عليه رفع الموانع، وذلك بالتخليةِ لا بالتسليمِ حقيقةً كالمودع، فإذا أحالَ له فقد زالَ يده عنه(٣).

[٣]قوله: **فإنَّ المشتري...الخ**؛ تقريره: إنَّ المضاربَ هو العاقد، وحقوقُ العقدِ ترجعُ إلى العاقد، فلا بُدَّ من توكيلِهِ المالك في الطلبِ إذا امتنع، كيلا يضيعَ حقُّ ربِّ المال، حيث يدفعُ المشتري الثمنَ إلى ربِّ المال، وإنّما يدفعه إلى مَن عقدَ معه أو إلى وكيله.

[٤]قوله: **وكذا سائر الوكلاء**؛ فالوكيلُ بالبيعِ إذا امتنعَ عن طلبِ الثمنِ لا يجبرُ

(١) لأنّه كالأجير، والربحُ كالأجرة له؛ لأنّه استحقَّ الربح بأن عملَه، وقد سلَّم له بدلَ عمله وهو الربح، فيجبرُ على إتمامِ عملِه، ومن إتمامِهِ استيفاءُ ما وجبَ من الدِّيونِ على الناس. ينظر: «البناية»(٧: ٦٩٨).

(٢) ينظر: «البناية»(٧: ٦٩٨).

(٣) ينظر: «الكفاية»(٧: ٤٣٨).

والبياعُ والسِّمْسَارُ يجبران عليه

(والبياعُ والسِّمْسَارُ يجبران عليه[1])، المراد[2] بالبَيَّاع: الدَّلال، فإنَّه يعملُ بالأجرة، والسِّمْسَار: هو الذي يُجْلَبُ إليه الحنطةُ ونحوها لبيعها، فهو يعمل بالأجرة أيضاً، فيجبران على تقاضي الثَّمن.

على الطلب، بل يجبرُ على أن يوكِّل المالك بطلب الثمن.

[1]قوله: يجبران عليه؛ أي على الاقتضاء وطلب الثمن؛ لأنهما يعملان بأمره عادة، فكان ذلك بمنْزلةِ الإجارةِ الصحيحةِ بحكمِ العادة، فيجب عليهما التقاضي والاستيفاء.

قال العلامةُ العَيْنِيّ في «شرح الكنز»(1): ولو استأجَّره بأجرةٍ معلومةٍ على أن يشتريَ أو يبيعَ شيئاً معلوماً لا يجوزُ الإجارة؛ لأنّه استؤجِّرَ على عملٍ لا يقدرُ على إقامتِه بنفسه، والحيلة في جوازِه أن يستأجِّرَه يوماً للخدمة، فيستعمله في البيعِ والشراءِ إلى آخرِ المدّة. انتهى. وهكذا في «التبيين»(2)، وغيره.

[2]قوله: المراد...الخ؛ اعلم أنّ البيّاع والسمسار عرفتا بعباراتٍ متفرّقة، وإشاراتٍ متطرّقة، قال البِرْجَنْدِي: البيّاع: هو الدّلالُ الذي يعملُ بالأجر. انتهى.

وقال في «منتهى الأرب»: البياع: كشد او دلال خريده وفروخت. انتهى. وهكذا كلّه موافقٌ لما ذكرَه الشارحُ ﷺ.

وفي «مجمع الأنهر»(3): البيّاع: مَن باعَ الناسَ بأجر. انتهى. وقال القُهُسْتَانِيّ(4): البيّاع، كضرّاب: مَن باع مالَ الناسِ بأجرٍ كما في العاشرِ من «وكالة» «الذّخيرة». انتهى.

وقال في «الدرر»(5): السمسارُ: هو الذي يجلبُ إليه العروضُ والحيواناتُ ليبيعَها بأجر من غير أن يستأجّر. انتهى.

---

(١) «رمز الحقائق»(٢: ١٧٦).
(٢) «تبيين الحقائق»(٥: ٦٧).
(٣) «مجمع الأنهر»(٢: ٣٣٢).
(٤) في «جامع الرموز»(٢: ١٤٥).
(٥) «درر الحكام»(٢: ٣١٦).

وما هَلَكَ صُرِفَ إلى الرِّبح أوّلاً ، فإن زادَ على الرِّبحِ لم يضمنْهُ المضارب

(وما هَلَكَ[١] صُرِفَ إلى الرِّبح أوّلاً ، فإن زادَ على الرِّبحِ لم يضمنْهُ المضارب[٢]) ؛ لأنَّهُ أمين

وقال العَيْنِيّ في «شرح الكنز»(١) : السمسار ، بكسر السين : هو المتوسّط بين البائع والمشتري ، فارسيّة معرَّبة ، تجمع على سماسرة : يبيعُ ويشتري للنَّاس بأجرٍ من غير أن يستأجر. انتهى. وهكذا في «التبيين»(٢) ، وقريبٌ منه ما في «النهاية الجزريّة» : هو المتوسط بين البائع والمشتري ؛ لإمضاءِ البيع. انتهى.

وقال العلامةُ الشاميُّ في «ردّ المحتار»(٣) : لا فرقَ لغةً بين السمسار والدلال ، وقد فسَّرَهما في «القاموس»(٤) : بالمتوسط بين البائعِ والمشتري ، وفرَّق بينهما الفقهاء ، فالسمسارُ هو الدَّالُ على مكانِ السلعةِ وصاحبها ، والدلالُ هو المصاحبُ للسلعةِ غالباً ، أفاده سري الدّين عن بعض المتأخّرين. انتهى.

ونقل البِرْجَنْدِيُّ عن «تهذيب الأسماء» : السمسارُ هو الدَّلال. انتهى. قال القُهُسْتَانِيّ(٥) : فتفسيرُ المصنِّفِ البيّاع بالدَّلال لا يخلو عن شيء. انتهى. لا يخلو عن شيء.

[١]قوله : **وما هلك**...الخ ؛ يعني وما هلكَ من مالِ المضاربةِ صرفَ إلى الربح أوّلاً دون رأسِ المال ؛ لأنّه تابع ، ورأسُ المالِ أصل ، فينصرفُ الهالك إلى التابع ، كما في مال الزكاةِ إلى العقدِ ابتداءً ، فإن زادَ الهالكُ على الربح ، مثلاً كان رأسُ المال ألفاً والرِّبحُ مئة ، والهالكُ مئة وخمسين ، فلم يضمنه المضارب ؛ لأنّه أمين ، فلا يكون ضميناً ، للتنافي بينهما في شيءٍ واحد.

[٢]قوله : **لم يضمنه المضارب** ؛ سواء كان من عمله أو لا ، ويقبلُ قوله في هلاكه ، وإن لم يعلمْ ذلك كما قيل في الوديعة ، وسواء كانت المضاربة صحيحةً أو فاسدة ، فهي أمانةٌ عند الإمام ، وعندهما : إن كانت فاسدةً فالمالُ مضمون. كما في

---

(١) «رمز الحقائق»(٢ : ١٧٦).

(٢) «تبيين الحقائق»(٥ : ٦٧).

(٣) ينظر : «رد المحتار»(٤ : ٤٩٠).

(٤) «القاموس»(٢ : ٥٣).

(٥) في «جامع الرموز»(٢ : ١٤٥).

فإن قُسِمَ الرِّبْح، وفُسِخَ عقدُها، ثُمَّ عقدت عقداً فهَلَكَ المالُ كلُّه، أو بعضُه، لم يترادًّا الرِّبح، وإن لم يفسخ، ثُمَّ هَلَكَ ترادًّا، وأخذَ المالكُ مالَهُ وما فضلَ قُسِم، وما نَقَصَ لم يضمنْهُ المضارب

(فإن قُسِمَ[1] الرِّبْح، وفُسِخَ عقدُها، ثُمَّ عقدت عقداً فهَلَكَ المالُ كلُّه، أو بعضُه، لم يترادًّا الرِّبح): أي فُسِخَ العقدُ والمالُ في يدِ المضارب، ثُمَّ عقدا، فهلَكَ المال، **(وإن لم يفسخ[2]، ثُمَّ هَلَكَ تَرادًّا، وأخذَ المالكُ مالَهُ وما فضلَ قُسِم، وما نَقَصَ لم يضمنْهُ المضارب.**

«المنح»(١)، وهو قولُ الطَّحاويّ ﷺ، لكن ظاهر الرواية عدم ضمانٍ في الكلّ، وقد تقدّم ذكره.

[١]قوله: **فإن قسم...الخ**؛ يعني فإن قسمَ الرِّبحَ بين المضاربِ وربِّ المالِ وفسخَ عقدَ المضاربة، ثم عقدت المضاربة عقد جديد، فهلكَ المالُ كلّه أو بعضه لم يترادّ المضارب والمالك الربحَ المقسوم؛ لأنَّ المضاربةَ الأولى قد انتهت بالفسخ، وثبوتُ الثانيةِ بعقدٍ جديد، فهلاكُ المالِ في الثانيةِ لا يوجبُ انتقاضَ الأولى، فصار كما إذا دفعَ إليه مالاً آخر.

[٢]قوله: **وإن لم يفسخ...الخ**؛ يعني وإن قسمَ الرِّبح بين المضارب وربّ المال، والحالُ أنّ عقدَ المضاربةِ لم يفسخْ بأنّ المضاربَ وربَّ المالِ اقتسما بعض المال، وتركا بعضَه في يدِ المضارب، على أنّه رأسُ المال، والمقتسم ربح، ثمَّ هلكَ المالُ كلُّه أو بعضُه، ترادَّ المضاربُ والمالكُ الربحَ المقسوم، وأخذَ المالكُ رأسَ ماله؛ لأنَّ الربحَ تابعٌ لما ذكرنا.

فلا يسلمُ بدونِ سلامة الأصل، وما فضلَ من رأسِ المالِ بعد الردّ يقسم بين المضارب والمالك؛ لكونِهِ ربحاً، فإنَّ ربَّ المالِ لم يبقَ له حقٌّ بعد استيفاءِ مالِه إلاّ في الرِّبح، وإن نقصَ رأسُ المالِ بأن لم يكن الرِّبحُ قدره لم يضمنْه المضارب؛ لأنّه أمينٌ فيه كما مرّ، فلا يكون ضميناً هذا.

وقال العلامةُ الأقطع ﷺ في «شرح مختصر القدوريّ»: وقد قال أصحابُنا: إنَّ مالَ

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٢٠٤/أ).

....

....

المضاربةِ إذا هلكَ قبل أن يشتري به شيئاً بطلت المضاربة؛ لأنَّ المضاربةَ تتعيَّن فيما وقعت عليه كالوديعة، وإذا تعيَّنت بطلَ العقد بهلاكها.

والقولُ قولُ المضاربِ في هلاكها؛ لأنّه أمين، فإن استهلكها المضاربُ ضمنَها، ولم يكن له أن يشتريَ من بعد ذلك شيئاً على المضاربة؛ لأنّه صارَ ضامناً، ومن حكمِ المضاربِ أن يكون أميناً، ولو استهلكها غيرُه فأخذها منه جازَ له أن يشتريَ بها على المضاربة؛ لأنّه لّما أخذَ عوضها صار كأنّه أخذَ ثمنها. [انتهى] بقدرِ الضرورة.

***

فصل فيما يفعله المضارب

ونفقةُ مضاربٍ عملَ في مصرِهِ في مالِهِ كدوائِه

فصل فيما يفعله المضارب

ونفقةُ مضاربٍ[1] عملَ في مصرِهِ[2] في مالِهِ[3] كدوائِه[4])

[1]قوله: ونفقة مضارب؛ أي مضاربة صحيحة، فإن المضاربَ في المضاربةِ الفاسدةِ لا يستحقُّ النفقة؛ لكونه أجيراً، كما صرّحوا به.

[2]قوله: في مصره؛ قال البِرْجَنديّ في «شرح النقاية»: فالمرادُ بمصره؛ المصرُ الذي أقامَ فيه سواءً كان وطناً أصليّاً أو لا، فلو وقعَ عقدُ المضاربةِ بالكوفة، وهي ليست وطناً أصليّاً له، فما دام فيها نفقتُهُ في ماله، فإن سافرَ وعادَ إلى الكوفةِ في تجارته كان نفقتُهُ في مالِ المضاربة. كذا في «الخزانة». انتهى.

وقال في «المبسوط»: ولو دفعَ المالَ إليه مضاربة، وهما بالكوفةِ وليست الكوفةُ بوطنٍ للمضاربِ لم ينفقْ على نفسِهِ من المال ما دامَ في الكوفة؛ لأنَّ إقامتَه فيها ليست للمضاربة، فلا يستوجبُ النفقةَ ما لم يخرجْ منها إلى وطنه، ثمَّ عاد إليها في تجارته، أنفقَ في الكوفةِ من مال المضاربة؛ لأنّه وطنه بها كان مستعاراً وقد انتقضَ بالسفر.

فرجوعُه بعد ذلك إلى الكوفةِ وذهابه إلى مصرٍ آخر سواء، وإن تزوَّجَ امرأةً واتّخذها وطناً زالت نفقتُهُ من مال المضاربة؛ لأنّ مقامه لها بعدما تزوَّجَ كان لأجلِ أهله بمنْزلة وطنه الأصليّ، ذكرَه العلامةُ الطَّحْطَاويُّ(1) نقلاً عن ملكي، وهكذا في «البحر»(2) نقلاً عن «البدائع» و«المحيط» و«الفتاوى الظهيريّة».

فما في «الدرّ المختار»: إذا نوى الإقامةَ بمصرٍ ولم يتَّخذه داراً فله النفقةُ ما لم يأخذ مالاً؛ لأنّه لم يحتبس بمالها. انتهى. لا يخفى ما فيه من الإيجار المخلّ، فإنّه يفيدُ أنّه إذا أخذَ مالاً غير مالِ المضاربة، وأقامَ بالكوفةِ لا نفقةَ له وليس كذلك، فالمقصودُ ما ذكرناه نقلاً عن «المبسوط»، وغيره.

[3]قوله: في ماله؛ لأنّه لم يحتبس نفسه لأجل المضاربة، بل هو ساكنٌ بالمسكن الأصلي.

[4]قوله: كدوائه؛ فإنّه في مالِه مطلقاً، سواء كان في الحضر أو في السفر.

---

(1) في «حاشيته»(3: 372).

(2) «البحر الرائق»(7: 269).

وفي سفرِهِ طعامُه، وشرابُه، وكسوتُه، وأجرةُ خادمِه، وغَسلُ ثيابِه، والدُّهنُ في موضعٍ يحتاجُ إليه

نفقةُ المضارب: مبتدأ، وفي ماله: خبرُه، وإن مرضَ المضاربُ سواءٌ كان في المصر، أو في السَّفر، فإنَّ الدَّواءَ في ماله[1]، وعن أبي حنيفةَ ﷺ الدَّواءُ بمنْزلةِ النَّفقة[2].

(وفي سفرِهِ[3] طعامُه، وشرابُه، وكسوتُه، وأجرةُ خادمِه[4]، وغَسلُ ثيابِه[5]، والدُّهنُ في موضعٍ يحتاجُ إليه)

[1]قوله: **فالدواء في ماله**؛ وهذا ظاهرُ الرواية، ووجهه: إنَّ الحاجةَ إلى النفقةِ معلومةُ الوقوعِ قطعاً، وإلى الدواءِ بعارضِ المرض، فإنّه قد يمرض وقد لا يمرض، فلم يثبت كونه لازماً؛ ولذا نفقةُ المرأةِ كانت على الزوج ودواؤها في مالها.

[2]قوله: **بمنزلة النفقة**؛ فإنَّ الدواءَ لإصلاحِ البدن، والمضاربُ لا يقدرُ على التجارةِ إلا به، فصارَ كالنفقة، وكذلك النورةُ والرهن في قولهما، وقال محمّد ﷺ: الرهنُ في المال، وروى الحسن ﷺ أنّه إذا احتجمَ أو أطلى، أو اختضب أو أكلَ فاكهةً مثل ما يصنع التجّار، فذاكَ من مالِ المضاربة. ذكرَه العَيْنِيُّ[1]، وغيره.

[3]قوله: **وفي سفره**؛ عطفٌ على قوله: في مصره؛ أي ونفقةُ مضاربٍ عملَ في سفره، وأرادَ بالسفرِ ما لا يكون حضراً ولا موضعاً اتّخذه داراً توطَّنَ به، حتى لو نوى الإقامةَ في مصرٍ خمسةَ عشرَ يوماً ولم يتَّخذه وطناً فنفقتُهُ في مالِ المضاربة. كما صرّحوا به.

[4]قوله: **وأجرة خادمه**؛ أي خابزه، وطابخه، وغاسلُ ثيابه، وعامل ما لا بُدَّ له منه. كما في «الكرماني»، فقوله: وغسل ثيابه، مستدرك اللَّهُمَّ إلا أن يرادَ به ثمن ما يغسلُ به مثل الحرض والصابون. كما في «الكفاية». كذا في «جامع الرموز»(٢: ١٤٣)، وألحقَ به أجرةَ الحمّام والحلاّق. كذا في «المنح»[2].

[5]قوله: **وغسل ثيابه...الخ**؛ فإنّ الشخص إذا كان طويلَ الشعرِ وسيخَ الثياب يعد من الصعاليك، ويقلّ معاملوه، فصار ما به تكثرُ الرغباتُ في المعاملة معه من جملةِ النفقة، وكلُّ ما يعينُ المضاربَ على العمل، أو يخدمُ دابَّته، فنفقتهم كنفقته.

---

(١) في «رمز الحقائق»(٢: ١٧٧).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٢٠٥/ب).

وركوبُه كراءً وشراءً، وعلفُه في مالِها بالمعروف وضَمِنَ الفضل، وردُّ ما بقي في يدِه بعد قدومِ مصرِه إلى مالِها

كالحجاز[١](١)، **(وركوبُه(٢) كراءً وشراءً، وعلفُه في مالِها[٢] بالمعروف وضَمِنَ الفضل)**: أي إن أنفق زائداً على المعروف ضَمِنَ الفضل، **(وردُّ ما بقي[٣] في يدِه بعد قدومِ مصرِه إلى مالِها)**: أي ما بقي من الطّعام ونحوه.

[١]قوله: **كالحجاز**؛ فإنَّ أرضَ الحجازِ حارّةٌ يحتاجُ أهلها إلى ترطيبِ أبدانهم بالدهن. كذا في «البناية»(٣).

[٢]قوله: **في مالها**؛ أي في مالِ المضاربة، سواء كان المالُ قليلاً أو كثيراً؛ لأنّه حبسَ نفسه لأجلها، فالنفقةُ جزاءُ الاحتباس، وقال الشافعيّ ﷺ وأحمد ﷺ: نفقته في السفرِ في مالِ نفسه؛ لأنّه يستحقُّ على عملهِ أجزاء من الربح، فكان كالحضر.

ولنا: إنَّ النفقةَ إنّما تجبُ للاحتباسِ كنفقةِ القاضي في بيت المال؛ لاحتباسه لمصالحِ المسلمين، ونفقةُ المرأةِ في مالِ الزوجِ؛ لاحتباسها في منْزله، والمضاربُ في المصرِ ساكنٌ بالمسكنِ الأصلي، فلا يكون محبوساً لعملِ المضاربة، وإذا سافرَ لها صارَ محبوساً لعملها، فوجب نفقتُه في مالها.

بخلاف الأجيرِ فإنّه يعملُ بأجرٍ معلوم الحصول، فلا يتضرَّرُ بالإنفاقِ من مال نفسه، والمضاربُ يعملُ بجزءٍ من الربح، وهو قد يحصل، وقد لا يحصل، وبخلافِ الشريك؛ لأنَّ العادةَ أنَّ الشريكَ العاملَ لا ينفقُ على نفسِهِ من مال الشريكِ الآخر. كذا في «شرح الوافي»، وقال في «النهاية»: الشريكُ إذا سافرَ بمالِ الشركةِ فنفقتُهُ في ذلكِ المال، رويَ ذلك عن محمّد ﷺ.

[٣]قوله: **وردَّ ما بقيَ...الخ**؛ لأنَّ الاستحقاقَ قد انتهى بالرجوعِ إلى مصره، كما أنَّ الحاجَّ من الغير إذا بقيَ شيءٌ من النفقةِ في يده بعد رجوعِهِ يردُّه إلى من حجَّ من جانبه.

---

(١) لأنَّ أرضَ الحجازِ حارّة يحتاج أهلها إلى ترطيبِ أبدانهم بالدهن. ينظر: «البناية»(٧: ٧١٤).

(٢) أي ومركوبه، وكراء وشراء تمييزان لنسبة الركوب إليه. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٥٤٢).

(٣) «البناية»(٧: ٧١٤).

وما دون سفرٍ يغدو إليه، ولا يبيتُ بأهلِه كالسَّفر، وإن باتَ كسوقِ مصرِه، فإن رَبِحَ أخذَ ربُّ المالِ ما أنفقَ المضاربُ من رأسِ ماله، فإن رابحَ متاعُها حسبَ نفقتَهُ لا نفقةَ نفسه

(**وما دون سفرٍ**[١] **يغدو إليه، ولا يبيتُ بأهلِه كالسَّفر، وإن باتَ كسوقِ مصرِه، فإن رَبِحَ أخذَ ربُّ المالِ ما أنفقَ المضاربُ من رأسِ ماله**): أي أخذَ[٢] من الرِّبحِ ما أنفقَ المضاربُ من رأسِ المال، حتَّى يتمَّ رأسُ المال، فإن فَضَلَ شيءٌ قُسِم[٣]

(**فإن رابحَ متاعُها حسبَ نفقتَهُ لا نفقةَ نفسه**): أي إن رابح[٤]، وقال: قامَ عليَّ بكذا يُحْسَبُ فيه ما أنفقَ على المتاعِ من كراءِ حملِه ونحو ذلك، ولا يُحْسَبُ نفقةُ المضارب.

[١]قوله: **وما دون سفر**...الخ؛ يعني إن كان خروجُ المضاربِ دون السفر، وهو مسيرةُ ثلاثة أيّامٍ ولياليها، فإن كان بحيث يغدو ويذهب إلى ما دونه، ولا يبيتُ بأهله؛ أي لا يكون في جميعِ الليلِ عند أهله، فهو في حكمِ السفر، فنفقتُهُ إن عملَ فيه في مالِ المضاربة؛ لكونِ خروجِهِ لأجلها، فصارَ محبوساً لها.

وإن كان بحيث يغدو ثم يروحُ فيبيتُ بأهله، فحكمُهُ حكمُ المصر، ويكون كالسوقيّ، فنفقته في مالِ نفسِه؛ لأنَّ أهلَ المصرِ يتّجرون في المصر، ويبيتون في منازلهم.

[٢]قوله: **أي أخذ**...الخ؛ حاصله: إنَّ المضاربَ إذا أنفقَ من مالِ المضاربةِ فربحه يأخذُهُ ربُّ المال [حتى يتمّ] رأس ماله كاملاً، فيكون النفقةُ مصروفه إلى الربح دون رأس المال، فإذا استوفاه كان ما يبقى بينهما على ما شرط.

[٣]قوله: **فإن فضلَ شيء قسم**؛ فإنّ قسمةَ الربحِ إنّما شرعت بعد تسليم رأس المال.

[٤]قوله: **أي إن رابح**...الخ؛ يعني إن بايعَ المضاربُ مرابحةَ المتاعَ الذي أنفقَ عليه ضمَّ جميع ما أنفقَ على المتاع من أجرةِ الحمَّال والطرَّازِ والسّمسار والصبّاغ وغير ذلك ممّا تقدَّمَ في باب المرابحة إلى رأسِ المال، بأن يقول: قام عليّ هكذا؛ لأنَّ هذه الأشياء تزيد في القيمة.

والعرفُ جارٍ بإلحاقها برأسِ المالِ في بيعِ المرابحة، فجاز ذلك، ولا يضمُّ ما أنفقه على نفسِه في سفرٍ إلى رأسِ المال؛ لأنَّ التجّارَ لم يتعارفوا بضمّهِ إلى رأسِ المال، ولا

مضاربٌ بالنِّصْفِ شَرَى بألفِها بُزّاً، وباعَه بألفين، وشَرَى بهما عبداً فضاعا في يدِه، غرمَ المضاربُ ربعهما، والمالكُ الباقي، وربعُ العبدِ للمضارب، وباقيه لها، ورأسُ المالِ ألفانِ وخمسمئة، ورابحَ على ألفين فقط

(**مضاربٌ بالنِّصْفِ شَرَى بألفِها بُزّاً**[1]**، وباعَه بألفين، وشَرَى بهما عبداً فضاعا في يدِه، غرمَ المضاربُ ربعهما، والمالكُ الباقي، وربعُ العبدِ للمضارب، وباقيه لها، ورأسُ المالِ ألفانِ وخمسمئة، ورابحَ على ألفين فقط**): أي اشترى بالألفِ ثوباً، وباعَهُ بألفين، وشرى بألفين عبداً، ولم يدفَعْهما إلى البائع، حتى ضاعَ الألفان في يدِ المضارب، غرمَ المضاربُ ربعَ الألفين؛ لأنَّه ملكُ المضارب[2]، والمالكُ ثلاثةُ الأرباعِ، فإذا دفعَها يصيرُ رأسُ المالِ ألفين وخمسمئة، لأنَّ ربَّ المالِ دَفَعَ أوَّلاً ألفاً، ثُمَّ دَفَعَ ألفاً وخمسمئة، فإن باعَهُ مرابحةً، يقولُ قامَ عليّ بألفين.

وقولُهُ: فقط؛ أي لا يقولُ: قامَ عليَّ بألفينِ وخمسمئة؛ لأنَّ الشِّراءَ وَقَعَ بألفين، فلا يضمُّ الوضيعةَ التي وَقَعَتْ بسببِ الهلاكِ في يدِ المضارب.

يزيدُ هو أيضاً في قيمةِ المتاع، بخلافِ الإنفاقِ على المتاع؛ لأنَّها بالزيادة على الثمنِ صارت في معنى الثمن.

[1]قوله: بزاً؛ قال محمّد في «السير الكبير»: البزُّ عند أهلِ الكوفة: ثياب الكتانِ والقطن، لا ثيابُ الصوفُ والخزّ. كذا في «البناية»(1)؛ لأنَّ المضاربَ لما باعَ البزَّ بألفين ظهرَ الربحُ بقدرِ الألف، فيملكُ المضاربُ نصفَه، وهو خمسمئة.

فإذا اشترى بالألفين عبداً صار ربعُ العبدِ له، وثلاثةُ أرباعه لربِّ المال، فإذا هلكَ الثمنُ كان ما يخصُّ الربع على المضارب، وما يخصُّ ثلاثة أرباع على ربِّ المال، وهو ظاهرٌ على مَن له ذوقٌ سليم، وطبع مستقيم.

[2]قوله: **لأنّه ملك المضارب**...الخ؛ تقريره: إنَّ المالَ لما صارَ ألفين ظهرَ الربحُ في المال وهو ألف، وكان بينهما نصفين، فنصيبُ المضاربِ منه خمسمئة، فإذا اشترى بالألفينِ عبداً صار مشتركاً بينهما، فربعُهُ للمضارب وثلاثةُ أرباعه لربّ المال، ثم إذا ضاعَ الألفان قبل النقد كان عليهما ضمانُ العبدِ على قدر ملكهما في العبد، فربعُهُ على

---

(1) «البناية»(٧: ٧١٨).

فلو بيعِ بضعْفِهما فحصتُّها ثلاثةُ آلاف، والرِّبحُ منها نصفُ ألفٍ بينهما، ولو شَرَى من ربِّ المالِ بألفٍ عبداً شراهُ بنصفِه

(فلو بيع بضعْفِهما فحصتُّها[1] **ثلاثةُ آلاف، والرِّبحُ منها**[2] **نصفُ ألفٍ بينهما)**: أي إن بيعَ بأربعةِ آلافٍ، فثلاثةُ آلافٍ حصّةُ المضاربة، والألفُ ملكُ المضاربِ خاصّة، ثُمَّ ثلاثةُ آلالف يدفعُ منها رأسَ المال، وهو ألفانِ وخمسمئة، فبقي الرِّبْحُ خمسمئة نصفُها لربِّ المال، ونصفُها للمضارب.

(ولو شَرَى من ربِّ المالِ بألفٍ عبداً[3] **شراهُ بنصفِه**

المضارب، وهو خمسمئة، وثلاثةُ أرباعه على المالك، وهو ألف وخمسمئة، ونصيبُ المضاربِ وهو الربع، يخرجُ من المضاربة؛ لأنّ نصيبَه مضمونٌ عليه، ومالُ المضاربةِ أمانة.

ومن الظاهر أنَّ بين كونِ الشيء وبين كونِه أمانة منافاة؛ لأنّه لو لم يخرجْ نصيبُ المضارب من المضاربةِ يجتمعُ الضمان مع كونه أمانة، وهذا غير جائز، ويبقى ثلاثةُ أرباعِ العبد على المضاربة؛ لأنّه ليس فيه ما ينافي المضاربة؛ لأنّ ربَّ المال موكّل، وقرارُ الضمانِ إنّما يكون على الموكّل.

[1]قوله: **فحصّتها**...الخ؛ أي فحصّة المضاربة ثلاثةُ آلافٍ بعد رفع المضاربِ حصّته وهي الألف؛ لأنّه لما ضمنَ ربعَ العبدِ كان ربعُهُ ملكَه خاصّة، فالألف ربعُه؛ لكون تحته أربعة آلاف، ثمَّ يرفعُ منها رأسُ المالِ وهو ألفان وخمسمئة.

[2]قوله: **والربح منها**...الخ؛ أي والربحُ منها خمسمئة بين المضاربِ وربِّ المال، فتكون حصةُ كلٍّ منهما مئتين وخمسين.

[3]قوله: **عبداً**؛ أي عبداً قيمتُهُ ألف، فالثمنُ والقيمةُ سواء، إنّما قلنا ذلك لأنّه لو كان فيهما فضلٌ بأن اشترى ربُّ المالِ عبداً قيمتُهُ ألفان ثمَّ باعه من المضاربِ بألفين بعدما عملَ المضاربُ في ألفه المضاربة، وربحَ فيها ألفاً، فإنّه يبيعُهُ مرابحةً على ألفٍ وخمسمئةِ حصَّةُ المضارب.

أمّا لو كان مالُ المضاربةِ ألفين، فهي كالمسألةِ الأولى، وكذا إذا كان في قيمةِ المبيعِ فضلاً دون الثمن، بأن كان العبدُ يساوي ألفاً وخمسمئةٍ فاشتراه ربُّ المالِ بألفٍ وباعَه من المضاربِ بألف، يبيعُهُ المضاربُ مرابحةً على ألفٍ ومئتين وخمسين، وعكس هذه

رابحَ بنصفِه، ولو شَرَى بألفِها عبداً

رابحَ بنصفِه[١])، فقولُهُ: شراهُ بنصفِهِ صفةُ العبد، وضميرُ الفاعلِ في شراهُ يرجعُ إلى ربِّ المال، فالمضاربُ إن باعَهُ مرابحةً يقولُ: قامَ عليَّ بنصفِ الألف؛ لأنَّ شراءَ المضاربِ من ربِّ المال وإن كانَ جائزاً[٢] ففيه شُبْهةُ العدم، ومبنى المرابحةِ على الأمانة، فيعتبرُ أقلُّ الثَّمنين[٣].

(ولو شَرَى[٤] بألفِها عبداً

الصورةِ في الحكم، كمسألةِ المصنِّف ﷺ. ذكرَه العلامةُ الطَّحْطَاويُّ في «حاشيته على الدر المختار»(١).

[١]قوله: رابح بنصفه؛ لأنَّ عقدَ المرابحةِ عقدُ أمانة، فيجبُ تنزيهه عن الخيانة، وعن شبهة الخيانة، والعقدُ الأوّل وقعَ لربِّ المال، والثاني كذلك؛ لأنّ شراءَ المضاربِ لا يخرجُ عن ملكِ ربِّ المال.

إلا أنّه صحَّ العقدُ لزيادةِ فائدة، وهي ثبوت اليدِ والتصرّف للمضارب، فبقيَ شبهةُ عدمِ وقوعِ العقد الثاني، فيبيعُه مرابحةً على الثمن الأوّل، وذلك خمسمئة، ذكره الاسْبِيجَابيُّ، وغيره(٢).

[٢]قوله: وإن كان جائزاً لتغاير المقاصد؛ لأنَّ مقصودَ ربِّ المالِ وصوله إلى الألف، ومقصودُ المضاربِ وصولُه إلى المبيع، ففيه دفعٌ للحاجة، وإن كان بيعُ ملكِ ربِّ المال بملكه.

[٣]قوله: فيعتبرُ أقلّ الثمنين؛ وهو خمسمئةٍ لثبوتِهِ من كلِّ وجه، والأكثرُ ثابتٌ من وجهٍ دون وجه، بالنظر إلى أنّه بيعُ مالهِ بماله. كذا في «العناية»(٣).

[٤]قوله: ولو شرى...الخ؛ يعني إنّ المضاربَ بالنصفَ لو اشترى بألفِ المضاربةِ عبداً تساوي قيمتُهُ ألفين، فقتلَ ذلك العبدُ رجلاً قتلاً خطأً، فأمرَ بالدَّفعِ أو الفداء، فإذا دفعا العبدَ إلى وليِّ المقتولِ انتهت المضاربةُ بهلاكِ مالها بالدفعِ بلا بدل، وكذا إن فديا خرجَ العبدُ عن المضاربة.

(١) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٣٧٢).

(٢) ينظر: «حاشية الطحطاوي»(٣: ٣٧٢).

(٣) «العناية»(٧: ٤٤٦).

يعدلُ ضعفَه، فقتلَ رجلاً خطأً، فربعُ الفداءِ عليه، وباقيه على المالك، وإذا فديا خرجَ عنها، فيخدمُ المضاربَ يوماً، والمالكُ ثلاثةَ أيّام

يعدلُ ضعفَه[1]، فقتلَ رجلاً خطأً[2]، فربعُ الفداءِ عليه، وباقيه على المالك): أي إذا امتنعا عن الدَّفع، واختارا الفداء يعني أَرْشَ الجناية، يفديان بقدر الملك، والعبدُ رُبعُهُ للمضارب؛ لأنَّ رأسَ المال ألف، والعبدُ يساوي ألفين، **(وإذا فديا خرجَ عنها، فيخدمُ المضاربَ يوماً، والمالكُ ثلاثةَ أيّام)**

أمّا خروجُ حصَّةِ المضاربِ فلتقرُّرِ ملكِهِ في العبد بالفداء، فصار كالقسمة، وأمّا خروجُ حصَّةُ المالكِ فسلامةِ الحصّة منه بضمانِ الفداء، فربعُ الفداءِ على المضارب، وباقيه وهو ثلاثةُ أرباعِهِ على المالك؛ لأنَّ الفداءَ مؤنةُ الملك، فيتقدَّر بقدره، وقد كان الملكُ بينهما أرباعا، فكذا الفداء.

[1]قوله: **يعدل ضعفه**؛ إنّما قيّد به لأنه لو كان قيمتُهُ ألفاً فجنايته على ربِّ المال بلا خلاف. كذا في «البناية»(1).

[2]قوله: **فقتلَ رجلاً خطأً**؛ اعلم أنّ العبدَ المشترى في المضاربةِ إذا جنى خطأً لا يدفعُ بها حتى يحضرَ المضاربُ وربُّ المال، سواء كان الأرشُ مثلُ قيمةِ العبدِ أو أقلّ أو أكثر، وكذا لو كانت قيمته ألفا لا غير، لا يدفع إلا بحضرتهما؛ لأنَّ المضاربَ له فيه حقُّ ملك، حتى ليس لربِّ المالِ أن يأخذه ويمنعُهُ عن بيعه، كالمرهون إذا جنى خطأً لا يدفعُ إلا بحضرةِ الراهنِ والمُرْتَهن.

والحاصلُ أنّه يشترطُ حضرةُ ربِّ المالِ والمضارب للدَّفعِ دون الفداء، إلاَّ إذا أبى المضاربُ الدَّفعَ أو الفداء، وقيمتُه مثل رأسِ المال فلربِّ المال دفعه لتعيُّنه، فإن كان أحدُهما غائباً، وقيمةُ العبدِ ألفا درهم، ففداه الحاضرُ كان متطوّعاً؛ لأنّه أدّى دينَ غيره بغيرِ أمره، وهو غير مضطرٌّ فيه، فإنّه لو أقامَ البيِّنةَ على الشركةِ لا يطالبُ بحصَّةِ صاحبِه لا بالدفعِ ولا بالفداء. كذا في «النهاية».

وذكر قاضي خان في «فتاواه»: إنَّ المضاربَ ليس له الدفعُ والفداءُ وحده؛ لأنّه ليس من أحكامِ المضاربة؛ فلهذا كان إليهما(2).

---

(1) «البناية»(٧: ٧٢٢).

(2) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٣٥).

ولو اشترى عبداً بألفها، وهلكَ الألفُ قبل نقدِه، دفعَ ربُّ المالِ ثمنَه، ثُمَّ وثُمّ

إنّما يخرجُ العبدُ عن المضاربة؛ لأنَّ قضاءَ القاضي بانقسام الفداءِ يتضمَّنُ انقسام العبد[١]، والمضاربةُ تنتهي بالقسمة.

(ولو اشترى[٢] عبداً بألفِها، وهلكَ الألفُ قبل نقدِه، دفعَ ربُّ المالِ ثمنَه، ثُمَّ وثُمّ)

[١]قوله: **يتضمَّن انقسام العبد**؛ لأنَّ الخطابَ بالفداء يوجبُ سلامةَ المفدي للفادي، ولا سلامةَ إلاّ بالقسمة، والمضاربةُ تنتهي بالقسمة، بخلافِ ما إذا ضاع الإنفاق، حيث لا تنتهي المضاربةُ هناك، بل تثبت على ما كانت؛ لأنَّ جميعَ الثمنِ في هذه الصورةِ يكون على المضارب، وإن كان له حقُّ الرجوعِ على ربِّ المالِ فلا حاجةَ إلى القسمة؛ لعدمِ أمر تقتضي ذلك.

[٢]قوله: **ولو اشترى...الخ**؛ يعني إذا كان مع المضاربِ ألفُ درهمٍ فاشترى به عبداً، وضاعَ الثمنُ قبلَ النقدِ رجع على ربِّ المال، فإذا دفعَ إليه ثانياً ثمَّ هلكَ قبل النقدِ أيضاً رجعَ عليه أيضاً، وهكذا يرجعُ عليه كلّما هلكَ إلى ما لا يتناهى، ويكون رأسُ المال جميعَ ما دفعَ إليه ربُّ المال، بخلاف الوكيل، حيث لا يرجعُ عند هلاكِ الثمنِ بعد الشراءِ إلاّ مرَّةً واحدة.

والفرق أنَّ المالَ في يدِ المضاربِ أمانةً لا يمكن حمله على الاستيفاء؛ لأنَّ الاستيفاءَ لا يكون إلا بقبضٍ مضمون، والمضاربةُ تنافيه على ما بيّنا سابقاً، فكلَّ ما قبضَ يكون أمانة، وإذا هلكَ كان الهالكُ على ربِّ المال.

وقبضُ الوكيلِ بعد الشراءِ استيفاء؛ لأنّه وجبَ له على الموكّل مثلُ ما وجبَ عليه للبائع، فإذا قبضَه صارَ مستوفياً لذلك، فصار مضموناً عليه، فإذا هلكَ ليس له أن يرجعَ به على الموكّل؛ لأنَّ المستوفى لم يبقَ له حقٌّ بعد الاستيفاء، ولم يوجدْ ما يمنعُ من جعلِه مستوفياً لحقّه مضموناً عليه؛ لأنَّ الوكالةَ لا تنافي الضمان.

ألا ترى أنَّ الغاصبَ إذا توكّلَ ببيعِ المغصوبِ جاز، وهو مضمونٌ عليه، فلا حاجةَ إلى جعلِ ما قبضَه بعد الشراءِ أمانة، حتى لو لم يقع استيفاءً بأن دفعَ إليه الثمنَ قبل الشراء، ثمَّ اشترى به، ثمَّ هلكَ قبل النقد، رجعَ به على الموكّل؛ لوقوعِ الأوّل أمانة؛ لأنّه لا يمكنُ جعلُهُ مستوفياً بقبضِهِ قبل الشراء؛ لأنّه لم يجبْ له عليه شيء، حتى يصيرَ مستوفياً بالقبض، فيكون أمانة، فإذا هلكَ رجعَ عليه فيكونُ مضموناً عليه، ثمَّ إذا هلكَ لا يرجعُ لما ذكرنا.

وجميعُ ما دُفِعَ رأسُ ماله.

أي إذا دَفَعَ رَبُّ المالِ ثمنه، وهَلَكَ في يدِ المضاربِ قبل أن يؤدِّيه إلى البائعِ يَدْفَعُ رَبُّ المالِ إلى المضاربِ ثمَنَه مرَّةً أخرى[1]، وهكذا إن هَلَكَ في يدِه، (**وجميعُ ما دُفِعَ رأسُ ماله.**

بخلاف ما إذا لم يدفعْ إليه الثمنَ إلا بعدَ الشراء، حيث لا يرجعُ أصلاً، والمعنى ما بيّناه؛ ولأنَّ ما قبضَه الوكيلُ لو لم يحملْ على الاستيفاءِ لزمَ منه تضييعُ المالِ على الموكِّل؛ لأنَّ المأخوذَ منه ثانياً يضيع.

وفي المضاربةِ لا يضيع؛ لأنّه ملحقٌ برأسِ المال، ويستوفيه من الربح، ولو لم يرجعْ عليه لتضرَّر المضارب، فيرجع عليه دفعاً للضَّررِ عنه؛ ولأنَّ الوكيل انتهت وكالته بالشراء مرّة وانعزل فلا يرجعُ بعد الانعزال، بخلافِ المضارب، فإنّه لم ينعزلْ بالتصرُّف، بل لا ينعزلُ بالعزلِ في بعض الصور، فيرجعُ عليه ما دامَ متصرّفاً له. كذا في «التبيين»(١).

[1]قوله: **يدفعُ ربّ المالِ إلى المضارب ثمنه مرَّة أخرى**؛ لأنَّ الشراءَ لا يبطلُ بهلاكِ الثمن، فيبقى موجباً دينَ الثمن عليه، وهو عاملٌ لربِّ المالِ فيستوجبُ عليه مثل ما وجبَ عليه من الدينِ في العمل، واستيفاءُ ذلك لا يقع بقبضِ هذه الألوف؛ لأنَّ جميعها يصيرُ رأس مال المضاربة.

وقبضُ رأس المالِ قبضُ أمانة، واستيفاءُ الدَّين إنّما يكون بقبضِ مضمون، وقبضُ الأمانة لا ينوب عن القبضِ المضمون؛ فلذا يرجعُ إليه مرَّةً بعد أخرى إلى أن يسقط عنه الثمن، بوصول الثمن إلى البائع. كذا في «الكفاية»(٢).

---

(١) «تبيين الحقائق»(٥: ٧٤).

(٢) «الكفاية»(٧: ٤٤٦).

فصل في الاختلاف

وصُدِّقَ مضاربٌ قال: معي ألفٌ دفعتَهُ إليّ، وألفٌ ربحت، لا مالكٌ قال: الكلُّ دَفَعْت، ولو قالَ مَن معه ألفٌ: هو مضاربةُ زيد، وقد ربحَ صُدِّقَ زيدٌ إن قال: بضاعة

فصل في الاختلاف

وصُدِّقَ[1] مضاربٌ قال: معي ألفٌ دفعتَهُ إليّ، وألفٌ ربحت، لا مالكٌ قال: الكلُّ دَفَعْت)، وعند زُفَرَ رحمه الله وهو القولُ الأوّل لأبي حنيفة رحمه الله القول لربِّ المال؛ لأنَّهُ[2] يُنْكِرُ دعوى المضارب الرِّبح، ولنا[3]: أن الاختلاف في مقدارِ المقبوض، فالقولُ للقابضِ مع اليمين.

(ولو قالَ[4] مَن معه ألفٌ: هو مضاربةُ زيد، وقد ربحَ صُدِّقَ زيدٌ إن قال: بضاعة)

---

[1]قوله: وصدّق...الخ؛ يعني إذا كان مع المضاربِ ألفان، فقال المضارب لربِّ المال: دفعتَ إليَّ ألفاً وربحتُ ألفاً، وقال المالك: لا؛ بل دفعتُ إليك الألفين، فالقولُ قول المضارب.

[2]قوله: لأنه...الخ؛ يعني لأنَّ المضاربَ يدَّعي عليه الشركةَ في الربح، وربُّ المالِ ينكره، والقولُ يكون للمنكر.

[3]قوله: ولنا...الخ؛ يعني إنَّ الاختلافَ بينهما حقيقةً في مقدار المقبوض، وفي مثل هذا الاختلافِ يكون القولُ قولُ القابض، سواءً كان ضميناً كالغاصب، أو أميناً كالمودع؛ لكونِ القابضِ أعرف.

بخلافِ ما إذا وقعَ الاختلافُ في صفةِ المقبوضِ من كونِهِ قرضاً أو وديعةً أو بضاعة، فالقولُ فيه قولُ ربِّ المال، ولو قال ربُّ المال: رأسُ المالِ ألفان، وشرطتُ لك ثلثَ الربح، قال المضارب: رأسُ المالِ ألف، وشرطتَ لي نصفَ الربح، فالقول يكون لربِّ المالِ في الربح، وللمضاربِ في القدر؛ لأنَّ الربحَ يُستحقُّ بالشرط، وهو مستفادٌ من جهةِ ربِّ المال.

وأيُّهما أقامَ البيِّنةَ تقبلُ بيِّنته كاسمها، وإن أقاما البيِّنةَ في هذه الصورةِ كانت بيِّنةُ ربِّ المالِ أولى في مقدارِ رأسِ المال، وبيِّنة المضاربِ أولى في مقدارِ الربح؛ لأنَّها أكثر إثباتاً.

[4]قوله: ولو قال...الخ؛ يعني ولو قال مَن معه ألف: قد ربحَ فيها هي مضاربةُ

كما لو قال: قرض، وقال زيد: بضاعة، أو وديعة، ولو قال المالكُ: عيَّنتُ نوعاً صُدِّقَ المضاربُ إن جَحَد

أي صُدِّقَ زيدٌ مع اليمين؛ لأنه ينكرُ دعوى الرِّبح، أو دعوى تقويم عملِ المضارب، (**كما لو قال**[1]: **قرض، وقال زيد: بضاعة، أو وديعة**): أي صُدِّقَ زيدٌ مع اليمين؛ لأنّه ينكرُ دعوى التَّمليك والتَّمَلُّك.

(**ولو قال المالكُ**[2]: **عيَّنتُ نوعاً صُدِّقَ المضاربُ**[3] **إن جَحَد**): أي مع اليمين؛ لأنَّ الأصلَ في المضاربةِ العموم

زيد، وقال زيد: بل بضاعةٌ أبضعته لك، فالقولُ لزيد؛ لأنَّ مَن معه ألف يدَّعي عليه تقويمَ عمله، أو شرطا من جهتِهِ أو الشركةُ في مئة، وهو ينكر، فالقولُ قول المنكر.

[1]قوله: **كما لو قال**...الخ؛ يعني كما لو قال ذو اليد: هي قرض، وقال زيد: لا بل بضاعةٌ أو وديعة أو مضاربة، يكون القولُ لزيد، وهو ربُّ المال، والبيِّنةُ للذي في يدِه المال؛ لأنّه يدَّعي عليه تمليكَ الربح، وهو ينكر.

ولو كان الأمرُ بالعكسِ بأن ادَّعى ربُّ المالِ القرض، والمضاربُ المضاربة، فالبيِّنةُ بيِّنةُ المضارب؛ لأنَّ ربَّ المالِ يدَّعي عليه الضمان، وهو ينكر، وأيّهما أقام البيِّنةَ قبلت، وإن أقاماها فبيِّنةُ ربُّ المالِ أولى؛ لأنّها مثبتةٌ للضمانِ كما ذكروا.

[2]قوله: **ولو قال المالك**...الخ؛ يعني ولو قال المضاربُ لربِّ المال: أطلقتَ، وقال ربُّ المال: عيِّنتُ نوعاً من التجارة، فالقولُ يكون للمضاربِ مع يمينه؛ لأنَّ الأصلَ فيه العموم، والإطلاقُ والتخصيصُ بنوعٍ فيه إنّما يكون بعارضِ الشرطِ من جهةِ ربِّ المال، وإلا فالأصلُ هو التعميم.

ألا ترى أنَّ ربَّ المالِ لو قال للمضارب: خذْ هذا المالَ مضاربةً بالنصفِ مثلاً يصحّ، ويملكُ المضاربُ جميعَ أنواعِ التجارات، فلو لم يكن مقتضى العقد العموم، لم يصحّ العقد إلا بالتنصيص.

[3]قوله: **صدّق المضارب**؛ وتقبلُ بيِّنةُ مَن أقامها، فإن أقاماها فإن وقّتا وقتاً قبل صاحبها، يقضي بالمتأخّرة، وإن لم يوقّتا وقّتا على السواءِ أو وقتت أحدهما دون الأخرى، قضى ببيِّنةِ ربِّ المال. كذا في «البحر»(1)، وغيره.

(1) «البحر الرائق»(٧: ٢٧٣).

ولو ادَّعى كلٌّ نوعاً صُدِّقَ المالك

بخلاف الوكالة ؛ لأنَّ الأصلَ فيها الخصوص[١].

(ولو ادَّعى كلٌّ[٢] نوعاً صُدِّقَ المالك) : أي مع اليمين ؛ لأنَّ الإذنَ يستفادُ من جهتِه .

---

[١]قوله : لأنَّ الأصلَ فيه الخصوص ؛ ولا يثبتُ فيه العمومُ إلا بالتنصيص.

[٢]قوله : ولو ادَّعى كلّ...الخ ؛ يعني لو ادَّعى كلٌّ واحدٍ من المالكِ والمضاربِ نوعاً مغايراً لما يدَّعيه الآخر ، بان قال ربُّ المال في البزّ ، وقال المضاربُ في الطعام ، فالقولُ يكونُ للمالكِ مع يمينه ؛ لأنّهما اتَّفقا على التخصيص ، والإذنُ يستفادُ من جهته ، فيكون القولُ له.

ولو أقّاما البيِّنةَ فيكون البيِّنةُ بيِّنةُ المضارب ؛ لاحتياجه إلى إثباتِ الإذنِ في نوعٍ يدَّعي الإذنَ فيه ، حتى ينتفيَ الضمانُ عنه ، وعدمُ حاجةِ الآخر ، أعني ربَّ المال إلى البيِّنة ؛ لأنَّ ما يدَّعيه ثبتَ بقولِه ، إذ هو التمسُّكُ بالأصل.

ولو وقّتت البيّنتان وقتاً ؛ بأن قال ربُّ المال : دفعتُ إليكَ مضاربةً أن تعملَ في بزٍّ في رمضان ، وقال المضارب : دفعتَ إلي لأن اعملَ في طعامَ في شوال ، أو بالعكس ، فأقاما البيِّنة ، فبيِّنةُ صاحبِ الوقتِ الأخيرِ أولى ؛ لأنَّ آخرَ الشرطين ينتقضُ الأوّل.

وإن لم يوقّت البيّنتان ، أو وقّتا على السواء ، أو وقّتت إحداهما دون الأخرى يقضي بيّنة ربّ المال ؛ لأنّه تعذّر القضاءُ بهما معاً ؛ لأنّهما لا يقعان معاً ، ولا على الترتيب ؛ لأنَّ الشهودَ لم يشهدوا بالترتيب ، وإذا تعذَّرَ القضاءُ بالأمرين تعذَّرَ العملُ بالبيِّنتين ، فيعملُ ببيّنةِ ربِّ المال ؛ لأنّها تثبتُ ما ليس بثابت[١].

---

(١) ينظر : «التبيين»(٥ : ٧٦).

كتاب الوديعة[1]

[1]قوله: **كتاب الوديعة**؛ لا خفاء في اشتراكه مع ما قبله في الحكم، وهو الأمانة. والوديعة: فَعيلة، يعني مفعولة، وأودعتُ زيداً مالاً: دفعتُه إليه ليكون عنده وديعةً، وجمعُها ودائع، واشتقاقُها من الدَّعة وهي الراحة، أو أخذتُه منه وديعةً، فيكون الفعلُ من الأضداد، ولكنَّ الفعلَ في الدَّفعِ أشهر، واستودعتُهُ مالاً: دفعتُهُ له وديعةً يحفظُه. كذا في «المصباح»(1).

وقال في «المغرب»(2): أودعتُ زيداً مالاً، واستودعتُه إيَّاه: إذا دفعتُه إليه ليكون عنده، فأنا مودِعٌ ومستودِع بالكسر، وزيدٌ مودَع ومستودَعٌ بالفتح، والمالُ مودَع ومستودَع؛ أي وديعة. انتهى.

وقال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(3): وفي اللغة: الوديعةُ مشتقةٌ من الودع، وهو مطلقُ الترك، قال ﷺ: «لينتهينّ أقوام عن ودعتهم الجماعات، أو ليختمنّ على قلوبهم ثم ليكتبُنَّ من الغافلين»(4): أي [على] تركهم إيَّاها، قال الله ﷻ: ﴿مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ﴾(5) قُرئت بالتخفيفِ والتشديد.

والمودَع الشيءُ المتروك، قال ﷺ: «الإيمانُ نورُ الله تعالى أودعَه في قلوب المؤمنين»، فعلى العبدِ أن يسألَ التوفيقَ على حفظِ وديعةِ الله تعالى، وعلى حفظِ جميع الأمانات، فإنّه فرض.

قال النبيُّ ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه»(6)، رواه أبو داود والتِّرْمِذِيّ، وقال: حديث حسن.

---

(1) «المصباح المنير»(ص٦٥٣).

(2) «المغرب»(ص٤٨٠).

(3) «تبيين الحقائق»(٥: ٧٦).

(4) في «صحيح ابن خزيمة»(٣: ١٧٥)، و«سنن النسائي»(١: ٥١٦)، و«مسند الطيالسي»(١: ٢٦٣، ٣٥٧)، واللفظ له.

(5) الضحى: ٣.

(6) في «سنن أبي داود»(٤: ٢٩٦)، و«سنن الترمذي»(٣: ٥٦٦)، وغيرها.

....

....

وقال جلاله: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[1]، وحفظُها يوجبُ سعادة الدارين، والخيانةُ توجب الشقاء فيها، قال ﷺ: «الأمانةُ تجرُّ الغنى، والخيانةُ تجرُّ الفقر»[2].

وروي أنّ زليخا لَمَّا ابتليت بالفقر وابيضَّت عيناها من الحزنِ على يوسفَ ﷺ جلستْ على قارعةِ الطريقِ في زيِّ الفقراء، فقامت تنادي: أيّها الملك؛ اسمع كلامي، فوقف يوسفُ ﷺ، فقالت: الأمانةُ أقامت المملوكَ مقامَ الملوك، والخيانةُ أقامت الملوكَ مقام المملوك، فسأل عنها، فقيل: إنّها زليخا، فتزوَّجَها مرحمةً عليها. انتهى بأدنى اختصار.

وفي الشرعِ ما ذكره الشارحِ ؓ بقوله: هي أمانة... الخ.

وركنها: الإيجاب صريحاً؛ لقوله: أودعتُك هذا الثوبَ مثلاً، أو كناية؛ كما قال الرجل: أعطني ألف درهم، أو قال لرجلٍ في يده ثوب: أعطني، فقال: أعطيتك، فهذا على الوديع، نصَّ عليه في «المحيط»[3].

لأنَّ الإعطاءَ يحتملُ الهبةَ والوديعة، والوديعة أدنى، وهو متيقّن، فصار كنايةً أو فعلاً كما لو وضعَ ثوبَه بين يدي رجلٍ ولم يقلْ شيئاً فهو إيداع، والقبولُ من المودعِ صريحاً كقوله: قبلتها، ونحوه أو دلالة، كما لو سكتَ عند وضعه بين يديه، فإنّه قبول دلالة، حتى لو قال: لا أقبل لا يكون مودعاً؛ لأنَّ الدلالةَ لم توجد.

وشرطها: كونُ المالِ قابلاً لإثبات اليدِ عليه، حتى لو أودعَ الآبق والطير الذي في الهواء، والمال الساقط في البحرِ لا يصحّ، وكونُ المودعِ مكلّفاً شرطٌ لوجوبِ الحفظِ عليه، حتى لو أودع صبيّاً فاستهلكها لم يضمن، ولو كان عبداً محجوراً ضمن بعد العتق. كذا في «المحيط»[4]، وغيره.

وسببُها: تعلّقِ البقاءِ المقدورِ بالتعاطي.

وشرعيّة الإيداع ثابتٌ بالكتابِ والسنةِ والإجماع:

---

(١) النساء: ٥٨.

(٢) في «مسند الشهاب»(١: ٧٢)، وغيره.

(٣) «المحيط البرهاني»(ص٢٥٦).

(٤) «المحيط البرهاني»(ص٢٥٥).

هي أمانةٌ تركتْ للحفظ، فلا يضمنُها المودَعُ إن هَلَكَتْ

(**هي أمانةٌ**[١] **تركتْ للحفظ**[٢]، **فلا يضمنُها المودَعُ**[٣] **إن هَلَكَتْ**): أي بلا تعدٍّ منه.

أمّا الكتاب؛ فقوله جلّ جلاله: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾(١).

وأمّا السنة؛ فإنّه ﷺ كان يودعُ ويستودع.

وأمّا الإجماع فقد أجمعوا على أنّ قبولَ الوديعةِ من باب الإعانة، وهي مندوبةٌ لقوله جلّ جلاله: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾(٢)، ولقوله ﷺ: «والله في عون العبدِ ما دامَ العبد في عون أخيه»(٣).

[١]قوله: **هي أمانة**؛ أمن بالكسر أمانة، فهو أمين، ثمَّ استعملَ المصدر في الأعيان مجازاً، فقيل: الوديعةُ أمانة ونحوه، والجمعُ أمانات. كذا في «المصباح»(٤).

فَالأمانةُ مصدر، ثمّ سمّى ما يأتمنُ عليه صاحبه أمانةً تسميةً بالمصدر، واعلم أنَّ الحملَ في قوله: هي أمانة، من قبيل حمل العامِّ على الخاص، وهو جائز، كما يقال: الإنسان حيوان، ولا يقال: الحيوان إنسان، فإنَّ الوديعةَ عبارةٌ عن كون الشيء أمانة باستحفاظِ صاحبه عند غيره قصداً.

والأمانةُ قد تكون من غير قصدٍ بأنّ هبَّت الريحُ بثوب الإنسان وألقته في حجر غيره، وفي الوديعة يبرأ عن الضمانِ بالعودِ إلى الوفاق، وفي الأمانةِ لا يبرأ بعد الخلاف.

[٢]قوله: **تركت للحفظ**؛ قيل لا بدَّ في التعريف من قيد آخر، وهو قولنا: فقط؛ لأنَّ العاريةَ أمانةٌ تركت للحفظ والانتفاعِ معاً. قلنا: اللام في قوله: للحفظ؛ للتعليل، فالمعنى أنَّ علةَ تركها لا تكونُ إلا للحفظ، والسكوتُ في حيّز البيان يؤيّد ما قلنا.

[٣]قوله: **فلا يضمنها المودع**...الخ؛ يعني فلا يضمنُ المودعُ الوديعة إذا هلكت من غير تعيّن منه، سواء أمكن التحرُّزُ عنه أو لا، وسواء هلكَ معها للمودعِ شيءٌ أو لا، ووجهُ الضمانِ ما روى ابن ماجة في «سننه» عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه: إنَّ النبيَّ ﷺ قال: «مَن أودعَ وديعةً فلا ضمان عليه»(٥).

---

(١) النساء: ٥٨.

(٢) المائدة: ٢.

(٣) في «صحيح مسلم»(٤: ٢٠٧٤)، وغيره.

(٤) «المصباح المنير»(ص٢٤).

(٥) في «سنن ابن ماجة»(٢: ٨٠٦)، قال في «مصباح الزجاجة»(٣: ٦٢): هذا إسناد ضعيف لضعف المثنى.

وله حفظُها بنفسِه وعيالِه

(وله حفظُها بنفسِه[١] وعيالِه[٢]

وإنَّ المودعَ متبرِّعٌ بحفظها لصاحبِها، والتبرُّعُ لا يوجبُ ضماناً على المتبرِّع، إذ لو وجبَ لامتنعَ الناسَ عنه، وفيه تعطيلٌ لمصالحهم، وإن يدَ المودعِ كيد المالك، فيكون هلاكها في يدِه كهلاكها في يد المالك، فلا يضمنُ بالهلاك.

وقال مالك ﷺ: إذا سرقت الوديعةُ من عند المودع ولم يسرق له معها شيء، يضمن للتهمة، ذكره الشُّمُنِّيُّ[١]، وغيره.

[١]قوله: **وله حفظها بنفسه وعياله**؛ يعني وللمودَع حفظُ الوديعةِ بنفسِه وبمن في عياله، وقال الشافعيّ ﷺ: ليس للمودَع أن يدفعَها إلى من في عياله؛ لأنَّ مالكها رضيَ بحفظه لا بحفظ غيره.

ولنا: إنَّ الواجبَ عليه أن يحفظَها حفظَ مال نفسه، وهو يحفظ بعياله؛ ولأنَّ المودعَ لا يمكنه ملازمةُ بيتِهِ لحفظِ الوديعة، ولا استصحابها في خروجه، فلم يكن له بدٌّ من حفظها بمن في عياله، وذكر الشُّمُنِّيُّ[٢] نقلاً عن «الذخيرة»: إنَّ الدفعَ إلى مَن في العيال إنّما يجوزُ إذا كان أمينا، ولو دفعها المودعُ إلى أمينٍ من أمنائه ليس في عياله لم يجز، وعليه الفتوى. انتهى.

فالحاصل: إنّ له حفظها بمَن في عياله، وإن نَهى المالك عن حفظِها بهم، فإنَّ هذا النهيَّ غير معتدٌّ به؛ لأنه لا يمكنُهُ ملازمةُ بيته، ولا استصحابُ الوديعةِ في خروجِه كما ذكرنا، وذكر البِرْجَنْدِيُّ نقلاً عن «شرح الطحاويّ»: نهاه عن الدفعِ إلى مَن في عياله فإن كان يجدُ بُدّاً من الدفعِ فدفع، وضاعت ضَمِنَ، وإن لم يَجِد بُدّاً لا يضمن. انتهى.

[٢]قوله: **وعياله**؛ أي وبعياله الأمناء، وإنّما قيّدنا به؛ لأنّه لو لم يكن به العيالُ أمناء لا يدفع إليها، صرَّح به في «المعدن» وغيره، والعِيال: جمع عيل، يقال: عالَ الرجلُ اليتيمَ عولاً من باب قال كَفَلَهُ وَقَامَ به. كذا في «المصباح»[٣].

وفيه أيضاً، والعيالُ: أهل البيت، ومن يمونه الإنسانُ الواحد عَيِّلٌ مثلُ جِيَادٍ وجَيِّدٍ. انتهى. والمراد بالعيالِ هاهنا زوجةُ المودع، وولده ووالداه وأجيره.

(١) في «كمال الدراية»(ق٤٧١ - ٤٧٢).

(٢) في «كمال الدراية»(ق٥٧٢).

(٣) «المصباح»(ص٤٣٨).

والسُّفور بها

والسُّفور[1] بها

وقال في «الكفاية»(١): المرادُ بالأجير هو التلميذُ الخاصّ الذي استأجره مشاهرةً أو مسانهةً، فأمّا الأجيرُ بعملٍ من الأعمالِ فكسائرِ الأجانب يضمنُ بالدفع إليه. انتهى.

والعبرةُ في هذا البابِ للمساكنة لا للنفقة حتى لو دفعت المرأةُ وديعتها إلى زوجها لا يضمن إن هلكت؛ لأنّه ساكنٌ معها، وحتى أنّ الابنَ الكبير للمودَع إذا كان يسكنُ معه ولم يكن في نفقتِه، فخرجَ الأبُ وتركَ المَنْزلُ على الابنِ يضمنُ الوديعةَ إن هلكت.

وقال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(٢): وعن محمَّد إنَّ المودَعَ إذا دفعَ الوديعةَ إلى وكيله، وليس في عياله يضمن، أو دفعَ إلى أمين من أمنائه مَن يثقُ به في ماله، وليس في عياله لا يضمن؛ لأنّه حفظه مثل ما يحفظُ ماله، وجعله مثله، ولا يجب عليه أكثر من ذلك. ذكرَه في «النهاية»، ثم قال: وعليه الفتوى، وعزاه إلى التُّمُرْتَاشِيّ، وهو إلى الحَلْوَانِيّ.

ثمّ قال: وعن هذا لم يشترط في «التحفة» في حفظ الوديعة بالعيال، فقال: ويلزمُ المودعُ حفظه إذا قبلَ الوديعةِ على وجه الذي يحفظ ماله. انتهى.

وفي «الوَلْوَالجِيّة»: رجلَ أجَّرَ بيتاً من داره إنساناً، ودفعَ الوديعةَ إلى هذا المستأجِّر، إن كان لكلّ واحد منهما غلق على حدة يضمن؛ لأنّه ليس في عياله، ولا بمَنْزلةِ مَن في عياله، وإن لم يكن لكلٍّ منهما غلق على حدة، وكلُّ واحدٍ منهما يدخلُ على صاحبِه بغير حشمة لا يضمن؛ لأنه بمَنْزلة مَن في عياله. انتهى.

فالحاصلُ أن العبرةِ للمسألة فينبغي أن لا يضمنَ بالدفْعِ إلى أجنبيٍّ يسكنُ معه. ذكره مفيد يسعد وغيره.

[١]قوله: والسُّفور...الخ؛ يعني وللمودِعِ السفرُ بالوديعة، وإن كان لها حمل ومؤنة عند عدمِ النهي من صاحب الوديعة، وعدم الخوف، بأن كان الطريق آمناً، لا يقصده فيه أحدٌ بسوء، ولو قصدَه يمكنه دفعهُ بنفسه أو برفقتِه وهذا مذهبُ الإمام.

---

(١) «الكفاية»(٧: ٤٥٢ - ٤٥٣).

(٢) «التبيين»(٥: ٧٧).

....

....

وقال أبو يوسفَ ﷺ: له السفر بها إن كانت المسافةُ قصيرةً، وإن كانت طويلةً فليس له ذلك فيما له حملٌ ومؤنة؛ لأنَّ القصيرةَ لا خوف منها عادة؛ ولهذا تسافرُ المرأة فيها بغير زوجٍ ولا محرم.

وقال محمّد ﷺ: ليس له السفرُ بها فيما له حمل ومؤنة، والظاهرُ من حالِ صاحبها أنّه لا يرضى به، وربَّما تستغرقُ المؤنةَ الوديعة، وفيه إهلاكها، فلا يجوز كالوكيل بالبيع، حيث لا يجوز له السفر بالبيع، وإن سافرَ به ضمن.

وقال الشافِعِيُّ ﷺ: ليس له ذلك مطلقاً؛ لأنَّ المطلقَ ينصرفُ إلى المتعارف، وهو الحفظُ في الأمصارِ دون المفازة، وصار كالاستحفاظ بأجر، فكما إذا استأجّرَ رجلاً ليحفظ متاعه شهراً بدرهم فليس له السفر به، فإن سافرَ به، ضَمِن فكذا هذا.

وقال مالك ﷺ: ليس له ذلك إذا قدرَ أن يردَّها على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمينه.

والدليلُ على ما ذهب إليه الإمامُ ﷺ: إن أمرَه بالحفظ مطلقٌ فلا يتقيَّد بالمكان، كما لا يتقيَّد بالزمان، فإن قلت: إنّ إطلاقَ الأمرِ مسلم، وهو يقتضي الجواز، لكن المانعَ عنه متحقق، وهو كون المفازةِ غير محلٍّ الحفظ.

قلنا: إنَّ المفازةَ محلٌّ للحفظِ إذا كان الطريقُ آمناً، والكلام فيه فصار كالمصر؛ ولهذا يملكُهُ الأبُ والوصيُّ في مال الصغير، مع أنّ ولايتَهما نظريّة؛ لقوله ﷻ: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾[1]، فلولا أنّه من الأحسن لما جازَ ذلك لهما[2].

ويفهم من «الهداية»: إنَّ أبا يوسف مع محمّد ﷺ، حيث قال صاحب «الهداية»[3]: وقالا: ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة. انتهى. ودليلُهما: إنَّ المالكَ يلزمُه المؤنةُ حينئذٍ فيما له حملٌ ومؤنة، والظاهر أنّ المالك لا يرضى به؛ فلا بُدّ أن يقيِّد سفره بما ليس له حملٌ ومؤنة؛ لأنَّ فيما له حمل ومؤنة إضرارٌ عليه.

---

(١) الأنعام: ١٥٢.

(٢) ينظر: «التبيين»(٥: ٧٩).

(٣) «الهداية»(٣: ٢١٧).

عند عدم النَّهي والخوف

عند عدم النَّهي[1] والخوف): السُّفُور[2]: الخروجُ للسَّفر، فالسُّفُورُ(١) مصدر، والسَّفرُ الحاصلُ بالمصدر، فاختارَ المصدرَ

والجواب عن هذا الاستدلال: إنَّ مؤنةَ الردِّ يلزمُ المالكَ في ملكه، [لكن ليس] لمعنىً من قبل المودع، بل ضرورةُ امتثالِ أمره، فلا يبالي به؛ لكونهِ ضروريّاً وضمنياً.

والجوابُ عمَّا استدلَّ به الشافعيّ ﷺ: إنَّ المعتادَ كون المودعين وقت الإيداع في المصر لا حفظُهم، فإنَّ مَن كان في المفازة يحفظُ ماله فيها، ولا ينقله إلى الأمصار، والقياسُ على الاستحفاظِ بأجر قياسٌ مع الفارق؛ لأنَّ الاستحفاظَ بأجرٍ هو عقدُ معاوضة، فإنّه بالإجارةِ اشترى منافعه، فالحفظُ إنّما يقع بمنافع الملك فيلزمه المقامُ مع المالك ليمكنه التسليم كما وجب عليه؛ لأنَّ الداخلَ تحت العقد هو المنافعُ في المصر، فإذا خرجَ صارَ مخالفاً؛ لأنَّ هذه المنافعَ غير داخلةٍ فضَمِنَ.

بخلاف ما نحن فيه، فإنَّ المودَعَ لا يحفظُ إلا على سبيل المعونة، فلا يحجرُ به، وهذا إذا لم يعيِّن المالكُ المصرَ للحفظ فيه، بل أطلقَ الحفظ، فإن عيَّن المصرَ للحفظ فيه فسافر، فإن كان سفراً له بدٌّ منه ضمن، وإلاّ فإن أمكنه الحفظُ في المصر مع السفر، بإن كان تركَ الوديعةَ عند عياله في المصرِ ضَمِنَ وإلاَّ لا(٢).

[١]قوله: **عند عدم النهي**؛ قيَّدَ بعدم النهي وعدم الخوف؛ لأنَّ المودعَ ليس له السفر بالوديعةِ إذا نهاهُ ربُّها عنه بلا خلافٍ بين العلماء.

[٢]قوله: **السفور**؛ الخروجُ للسفر، قال في «المصباح المنير»(٣): سَفَرَ الرجل سفراً من باب طلب: خروجٌ للارتحال، فهو سافرٌ، والجمع سَفْرٌ، مثل راكب ورَكْبٌ، وصاحب وصَحْبٌ، لكنَّ استعمالَ اسمِ الفاعل منه مهجور، واستعمل المصدر اسماً، وجمع على أسفار. انتهى.

وفيه(٤) أيضاً: سَفَرَت المرأة سفوراً من باب ضرب: إذا كشفت وجهها، فهي

---

(١) سَفَرْتُ أَسْفُرُ سُفُوراً خرجتُ إلى السَّفر، فأنا سافِرٌ وقومٌ سَفْرٌ. ينظر: «اللسان»(٣: ٢٠٢٤).

(٢) ينظر: «العناية»(٨: ٤٩١).

(٣) «المصباح المنير»(ص٢٧٨).

(٤) أي «المصباح المنير»(ص٢٧٩).

ولو حُفِظَ بغيرهم ضَمِنَ إلاَّ إذا خافَ

وإن نُهِي عن السَّفر، أو كان الطَّريق مَخُوفاً، فسافرَ فهَلَكَ المالُ ضَمِن[1]، (**ولو حُفِظَ بغيرهم ضَمِنَ**[2] **إلاَّ إذا خافَ**[3]

سافرٌ بغيرها. انتهى. فظهرَ أنَّ السفرَ مصدر، والسفورُ أيضاً مصدر، لكن لا بمعنى ما نحن فيه إلا أنّه قال في «منتهى الأرب»: قيل: سفر سفوراً.

وقال في «الصراح»: سَفَر بفتحتين بريدن مسافته السقارج. انتهى. وفيه أيضاً: سفور به سفر بيرون شدن. انتهى. وبالجملة لا يظهرُ كونَ السفرِ بمعنى الحاصلِ بالمصدر، كما ادَّعاه الشارحُ البارع ﷺ.

[1]قوله: **ضمن**؛ لأنَّ التقييدَ مفيد، إذ الحفظُ في المصر أبلغ، فكان صحيحاً. كذا في «الهداية»(1).

[2]قوله: **ولو حفظَ بغيرهم ضمن**؛ يعني ولو حفظَ المودعُ الوديعةَ لغير مَن في عياله فضاعت، ضَمِنَ المودع؛ لأنّ صاحبها لم يرضَ بيد غيره، والأيدي تختلفُ في الأمانة، ألا ترى أنّ بعضَ الأيدي قد يتوثّق فيه المودَع دون ربِّ الوديعة، وقد يكون بالعكس.

وقد ذكرنا أنَّ المودَع إذا دفعَ الوديعةَ إلى وكيله وليس في عياله، أو دفعَ إلى أمينٍ من أمنائه ممَّن يثقُ به في ماله، وليس في عياله لا يضمن؛ لأنّه حفظه مثل يحفظُ ماله، وجعله مثله، ولا يجبُ عليه أكثر من ذلك، وهذا رواية عن محمّد ﷺ، وعليه الفتوى، كما في «النهاية»، وغيرها، فتَذَكَّر.

[3]قوله: **إلا إذا خاف الحرق**...الخ؛ يعني إلا إذا خافَ المودَعُ الحرق بأن وقعتِ نارٌ في داره - والعياذ بالله من ذلك - فخافَ هلاكَ الوديعة أو خاف الغرقَ كذلك، فدفع الوديعةَ إلى جارِهِ في صورة الحرقِ أو دفعها إلى سفينةٍ أخرى في صورةِ الغرق فضاعت تلك الوديعة لا يضمن؛ لأنّه لا يمكنُهُ أن يحفظَها في هذه الحالة إلاَّ بهذا الطريق، فصار مأذوناً فيه دلالة.

قال في «الهداية»(2): ولا يصدّق على ذلك إلاَّ ببيّنة؛ لأنّه يدَّعي ضرورةَ مسقطة

(1) «الهداية»(3: 217).

(2) «الهداية»(3: 215).

الحرقَ أو الغرقَ فوضَعَها عند جارِه، أو في فُلْكٍ آخر. فإن حبسَها بعد طلبِ ربِّها

الحرقَ أو الغرقَ[١] فوضَعَها عند جارِه، أو في فُلْكٍ آخر[٢].
فإن حبسَها[٣] بعد طلبِ ربِّها

للضَّمان بعد تحقّق السبب، فصار كما إذا ادّعى الإذن في الإيداع. انتهى.

وقال في «المنتقى»: هذا إذا لم يعلمْ أنّه وقعَ في بيتِ المودَعِ إحراق، فإن علمَ قبل قوله بلا سبب. انتهى. فيمكنُ حملُ ما في «الهداية» على ما إذا لم يعلمْ بوقوعِ الحريقِ في بيته، وبه تحصيلُ التوفيق.

وقال الشُّمُنِّيُّ في «كمال الدراية»(١): قالوا: إنّما لا يضمنُ إذا لم يمكنه أن يدفعها ذلك الوقت إلى مَن في عياله، حتى لو أمكنه فدفعها إلى أجنبيّ ضمن؛ لأنّه لا ضرورةَ له فيه، وكذا لو ألقاها في سفينةٍ أخرى فهلكت قبل أن تستغرقها؛ لأنَّ هلاكها حصلَ بفعله. انتهى، وهكذا في «التبيين»(٢)، وغيره، وقد عرفتَ حالَ الدَّفعِ إلى الأجنبيّ الأمين فتفكّر.

[١]قوله: **الحرق والغرق**؛ الحَرَق بفتحتين: اسمٌ من إحراقِ النار، ويقال للنار نفسها. كذا في «المصباح»(٣).

والغرقُ مصدر يقال: غرقَ الشيء في الماءِ غرقاً فهو غريق، من باب تعب، وجاءَ غارق أيضاً كذا فيه، ومثلُ خوفِ الغرقِ والحرقِ خوفُ اللصوص. صرَّحَ بهُ العلامةُ الطَّحْطَاوِيّ(٤)، وغيره

[٢]قوله: **أو في فلك**؛ الفُلْكُ مثالُ قُفْلِ السفينةُ يكون واحداً فيذكّر، وجمعاً فيؤنث. كذا في «المصباح»(٥).

[٣]قوله: **فإن حبسها...الخ**؛ يعني إن طلبَ الوديعةَ مالكُها، ولو حكماً كالوكيلِ على ما في «المضمرات»، فحبسَها المودعُ وأمسكَها، والحالُ أنّه قادرٌ على تسليمِها، فالمودعُ يصيرُ غاصباً ويضمن.

---

(١) «كمال الدراية»(ق٤٧٢).

(٢) «تبيين الحقائق»(٥ : ٧٧).

(٣) «المصباح المنير»(ص٤٤٦، ١٣١).

(٤) في «حاشيته»(٣ : ٣٧٧).

(٥) «المصباح المنير»(ص٤٨١).

قادراً على التَّسليم، أو جحدَها معه، ثُمَّ أقرَّ بها أو لا

قادراً على التَّسليم[١]، أو جحدَها معه[٢]، ثُمَّ أقرَّ بها أو لا): أي جحدَها مع طلب ربِّ الوديعةِ يَضْمَنُ سواء أقرَّ بها بعد الجُحودِ أو لا، وإنَّما قال: مع ربِّ الوديعة

وفيه إشارةٌ إلى أنّه لو استردَّها فقال: لم أقدرْ أن أحضرَ هذه الساعة، فتركها فهلكت لم يضمن؛ لأنّه بالترك صار مودعاً ابتداءً، وإلى أنه لو استردّها فقال: اطلبها غداً، فلَمَّا كان من الغد قال: هلكت، لم يضمن إن هلكتِ قبل قوله: اطلبها.

وإلى أنّه لو قال في السرّ: مَن أخبركَ بعلامةِ كذا فادفعْها إليه، ثمَّ جاء لرجلٍ بتلك العلامة ولم يدفعها إليه حتى هلكت لم يضمن، وإلى أنّه لو طلبَ في أيَّام الفتنة، فقال: لم أقدر عليه هذه الساعة لبعدها أو لضيق الوقتِ فأغاروا على تلك الناحية، فقال: أغير عليها لم يضمن، والقولُ له في الكلّ، ذكره القُهُسْتَانِيُّ[١] نقلاً عن «المحيط».

وإلى أنّه لو قال: احمل لي وديعتي اليوم، فقال: افعل، ولم يفعل حتى هلكت لا يضمن؛ لأنَّ ردَّ الوديعةِ ليس عليه، فلم يكن جالساً، ذكره قاضي خان في «فتاواه»، وإلى أنَّ رسولَ المودِعِ إذا طلب الوديعة ولم يدفعها المودَعُ حتى هلكت لا يضمن.

وقال نجمُ الدِّين النَّسَفِيُّ ﷺ: إنّه يضمن. وهذا القول لم يقبلوه؛ لأنَّ المودَعَ إذا صدَّق مَن ادَّعى أنّه وكيل بقبضِ الوديعة لا يؤمرُ بدفع الوديعةِ إليه، لكن فيه أنَّ الرسولَ ينطق على لسان المرسل، بخلاف الوكيل. كما صرَّحوا به فافهم.

[١]قوله: قادراً على التسليم؛ وإنّما قال ذلك؛ لأنّه لو لم يقدر على تسليمها وحبسها بعد الطلب لا يضمن.

[٢]قوله: أو جحدها معه...الخ؛ يعني أو طلبَ الوديعة مالكها وجحدَها المودَعُ عند مالكها، سواء أخبرَ بها بعد الجحودِ أو لا، وإطلاقُ جحودها إشارةٌ إلى أنّه يضمنُ بجحودِ العقار أيضاً بلا خلاف، وقال الإمام الحَلْوَانِيُّ: في ضمانِ العقار بالجحود عن أبي حنيفة ﷺ روايتان. كما في «شرح البِرْجَنْدِيّ» نقلاً عن «الخلاصة».

وصرَّح في «التبيين» بأنَّ الوديعةَ لو كانت عقاراً لا يضمنُ بالجحود عند الشيخين خلافاً لمحمّد ﷺ، والله أعلم.

---

(١) في «جامع الرموز»(٢: ٨٧).

....

....

واعلم أنَّ صاحبَ «المنح» قال في «شرح التنوير»[1]: وبخلاف إقراره بعد جحوده بأن قال: لم تودعني عند مالكها بعد طلب ردّها ونقلها من مكانها وقت الإنكار، وكانت الوديعةُ منقولاً، ولم يكن هنالك مَن يخاف منه عليها؛ أي على الوديعة، ولم يحضرها؛ أي الوديعةُ بعد الجحودِ لمالكها، فإنّه لا يزول الضمان؛ لأنَّ الجحود رفعٌ للعقدِ ينفسخ فيه العقد فلا يعودُ إلا بعقدٍ جديد، كجحودِ الوكيلِ الوكالة، وجحودِ أحد المتبايعين البيع.

قيَّدنا بكونه أنكرَ الإيداع؛ لأنَّ المودَعَ لو ادَّعى أنَّ المالك وهبَها منه أو باعَها، وأنكرها صاحبُها، ثمَّ هلكت لا ضمانَ على المودع. كما في «الخلاصة».

وقيَّدَنا بكونِ الإنكارِ عند المالك؛ لأنَّ جحودَها عند غيرِهِ لا يوجبُ الضمان.

وقيّدنا بعد الطلب؛ لأنّه لو قال: ما حال وديعتي عندك، يشكر على حفظها فجحدها لا ضمان عليه.

وقيّدنا بكونِهِ نقلها؛ لأنّه لو لم ينقلها من مكانها حال جحوده فهلكت لا ضمان عليه. كذا في «الخلاصة» معزياً إلى «الأجناس».

وقيّدنا بكونها منقولاً؛ لأنّها لو كانت عقاراً لا يضمنُ بالجحود عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ خلافاً لمحمد ﷺ في الأصحّ، ذكرَه الزَّيْلَعِيُّ من «كتاب الغصب».

وقيّدنا بكونه لم يكن مَن يخاف عليها منه؛ لأنّه لو جحدها في وجهِ عدوٍ يخافُ عليها التلف إن أقرَّ ثمّ هلكت لا يضمنها؛ لأنّه إنّما أراد حفظها.

وقيَّدنا بكونِهِ لم يحضر؛ لأنّه لو جحدها فقال له صاحبُها: دعها وديعة عندك فهلكت، فإن أمكنه أخذها فلم يأخذها لم يضمن؛ لأنّه إيداع جديد، وإن لم يمكن أخذها ضمن؛ لأنّه لم يتم الرد كذا في «الاختيار»[2].

إذا علمتَ ذلك ظهرَ أن كلام «الكنز»[3]، و«الوقاية»، وغيرهما من أصحاب المتون في هذا المحلِّ إطلاقٌ في محلِّ التقييد. انتهى.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٢١٠/ب).

(٢) «الاختيار»(٣: ٣٧).

(٣) «كنز الدقائق»(ص١٤١).

....

لأنَّه إن جحدَها مع غير المالك لا يضمن[1]؛ لأنَّ هذا من بابِ الحفظ، وإن جَهَّلَ[2] المودَعُ الوديعةَ عند الموتِ يصيرُ غاصبا[3]

أقول وبالله التوفيق وبيده أزمّة التحقيق: إنَّ التقييدَ بكون الإنكارِ عند المالك يفيدُهُ قولُ المصنِّف ﷺ: أو جحدها معه. وأظهرَه قولُ الشارح ﷺ: وإنّما قال: مع ربِّ المال... الخ.

وأمَّا التقييدُ بكون الإنكارِ بعد الطلب فلا حاجةَ إليه؛ لأنَّ الإنكارَ لا يكونُ حقيقةً إلا بعد الطلب، وما ذكرَه من قوله: لو قال له: ما حال وديعتي عندك ليشكرَ على حفظها، فجحدها فهذا ليس بجحودٍ حقيقية وكذا لم يعتبر وبنى عليه حكم عدم الضمان.

وأمّا التقييد بكون الوديعة منقولاً فلا حاجة إليه أيضاً؛ لعدم تصوّر غصب العقار، فتقرَّرَ فيه عدم الضمان، ولعلَّ مذهب محمّد ﷺ كان قويّاً في نظره، فأرادَ قوله: بالإطلاق، وقِسْ عليه التقييد بكون نقلِها.

وأمّا التقييدُ بكونه لم يحضرها فلا حاجة إليه أيضاً؛ لأنَّ المودع لو أحضرَ كان إيداعاً جديداً فيخرج بنفسه عمّا نحن فيه، فتفكّر ولا تعجل.

[1]قوله: **لا يضمن**؛ وقال زفر ﷺ: يضمن؛ لأنَّ المودع صار غاصباً بالجحود، فالجحودُ سبب للضمان سواءٌ كان عند المالك أو غيره كالإتلاف حقيقة. ولنا: إنَّ الجحودَ عند غير المالك يعدُّ من باب الحفظ؛ لأنّه يقطعُ طمع الطامعين عنها وبه قالت الثلاثة.

[2]قوله: **وإن جهل**...الخ؛ يعني إنَّ المودَعَ لو جهلَ الوديعةَ عند موته بحيث لا تعرفُ حالُها بأن ماتَ ولم يبيِّن حالَها، فالمودَعُ يصيرُ غاصباً ويضمن، وتصيرُ تلك الوديعة ديناً في تركته، نعم إذا علمَ المودَعُ أنَّ وارثه يعلمُها ولم يبيِّنها فلا ضمانَ عليه.

[3]قوله: **يصيرُ غاصباً**؛ ويضمنُ كما في سائرِ الأمانات إلاَّ في ناظرِ أودعَ غلاّت الوقف ثمّ ماتَ مُجْهِلاً فإنّه لا يضمن، وفي قاضٍ ماتَ مُجْهِلاً لأموالِ اليتامى، وفي سلطانٍ أودعَ بعض الغنيمةِ عند غازٍ ثم ماتَ مُجْهِلاً، وفي أحد المتفاوضين إذا ماتَ ولم يبيِّن حالَ المالِ الذي في يديه، فإنّه لا يضمنُ نصيبَ شريكه.

أو خلطَ بمالِه حتى لا يتميَّز

(أو خلطَ[١] بمالِه حتى لا يتميَّز[٢])

وفي وصيٍّ إذا ماتَ مُجْهِلاً فلا ضمانَ عليه، وفي أب إذا مات مجهلاً مال ابنه، وفي وراثٍ إذا ماتَ مُجْهِلاً ما أودعَ عند مورِّثه، وفي رجلٍ ماتَ مُجْهِلاً لما ألقتْهُ الريح في بيته، وفي رجلٍ ماتَ مُجْهِلاً لما وضعَه مالكُه في بيتِه بغير علمه، وفي صبيٍّ ماتَ مُجْهِلاً لما أودعَ عنده محجوراً، فهذه عشرةُ مسائل استثناها صاحبُ «الأشباه»، وغيره.

وأما الشُّرُنْبُلاليّ ﷺ فعدَّ المستثناةَ تسعةَ عشرَ مسئلة. ذكرَها صاحب «الدر المختار»[١]، وغيرُه نقلاً عن «شرح الوهبانيّة» للشُّرُنْبُلاليّ ﷺ.

[١]قوله: أو خلط...الخ؛ يعني أو خلطَ المودعُ الوديعةَ بماله بغيرِ إذن من المالك؛ لأنّه إن خلطَها بإذنه كان شريكاً فيها، أطلق في الخلطِ فشمل خلط الجنسَ بالجنس، أو بغيرِ جنسه، كخلط الزيتِ بالشيرج، والحنطة بالشعير وبالحنطة، والفضّة بالفضّة بعد الإذابة.

قيّد بكون المودَع بيد الخالط لأنَّ الخالط لو كان أجنبيّاً أو مَن في عيالِه لا يضمنُ المودَع، والضمانُ على الخالط صغيراً كان أو كبيراً، ولا يضمنُ أبوه. كذا ذكره في «المنح»[٢] نقلاً عن «الخلاصة».

[٢]قوله: حتى لا يتميز...الخ؛ يعني بحيثُ لا يتميّزُ المخلوطُ بالمخلوطِ به، وهذا إذا كانت العبارةُ بصيغةِ المذكّر كما في أكثرِ النسخ، وأمّا إذا كانت بصيغةِ المؤنّثِ كما في بعضِ النسخِ فالمعنى أنّه بحيثُ لا يتميَّزُ تلك الوديعة المخلوطة بما خلطها به.

والمرادُ أنّها لا تتميز إلا بالكلفة، لا عدم إمكان التمييز مطلقاً، فلو كان الوصول إليها على وجهِ التيسير، كما إذا خلطَ الجوز باللوز، والدراهم السود والدراهم البيض، فلا ينقطعُ حقُّ المالكِ إجماعاً. كما صرَّح به في «المنح»[٣]، وغيره.

وقال في «المُجْتَبى شرح مختصر القُدُوريّ»: خلطَ الدراهم الجيادَ بالزيوف يقطعُ حقّ المالك استحساناً؛ لأنَّ الجيادَ لا تخلو عن الزيوف، والزيوف عن الجياد، ولو صبَّ

---

(١) «الدر المختار»(٥: ٦٦٧).

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٢٠٩/ب).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ٢٠٩/ب).

....

فإنّه[1] إن خَلَطَ بخلافِ الجنسِ ينقطعُ حقُّ المالكِ ويجبُ الضَّمانُ اتِّفاقاً، وكذا إن خلطَهُ بجنسِهِ عند أبي حنيفةَ ﷺ، وكذا عند أبي يوسفَ ﷺ إلاَّ إذا خَلَطَهُ بما هو أكثرُ منه، يجعل الأقلُّ تابعاً للأكثر لا بما هو أقلُّ منه، فإنَّه لا ينقطعُ حقُّ المالك، بل يُثْبِتُ الشركة، وعند محمَّد ﷺ لا ينقطعُ حقُّ المالك، بل يثبتُ الشَّركة سواءٌ كان أقلّ أو أكثر.

الرديءَ على الجيّد يضمنُ مثل الجيّد؛ لأنّه تعيَّبَ، وفي عكسه كان شريكاً؛ لأنَّ الرديء لا يتعيَّب بالجيّد. انتهى(١).

[١]قوله: فإنّه...الخ؛ يعني فإنَّ المودَعَ إن خلطَ الوديعةَ بغير جنسها كما إذا خلطَ البرَّ بالشعير، والشعيرَ بالبرّ، والزيت بالشيرج، والشيرج بالزيت ينقطعُ حقُّ المالك، ويجبُ الضمانَ على المودَع؛ لأنَّ هذا استهلاكٌ حقيقية، فيوجب الضمان بالإجماع، وإن خلطَها بجنسِها.

كما إذا خلطَ البرَّ بالبرِّ في غير المائع، واللَّبن باللَّبن في المائع ضَمِنَ المودَع؛ لأنّه صار مستهلكاً لها، وإذا ضمنَها ملكَها وانقطعَ حقُّ المالكِ من تلك الوديعة في المائع وغيره، وهذا عند الإمام.

وقالا: إذا خلطَها بجنسها شركةً إن شاء؛ لأنّه لا يمكنه الوصول إلى حقه صورةً، وأمكنه معنىً بالقسمة؛ لأنَّ القسمة فيما يكال أو يوزن إفراز، ويتعيَّن بالإجماع؛ ولذا يملكُ كلٌّ واحدٍ من الشريكين أن يأخذَ حصّة نفسه بلا رضاء وقضاء، وإذا كان الخلطُ استهلاكاً من وجه حيث لا يمكنه الوصولُ إلى عينِ حقِّه صورةً دون وجه حيث أمكنه معنىً، فإن شاءَ مال إلى جانبِ الهلاك، وضمَّنَه مثله، وإن شاءَ مالَ إلى جانبِ القيام وشارك المخلوط.

ولأبي حنيفةَ ﷺ: إنَّ الخلطَ استهلاكٌ من كلِّ وجهٍ؛ لأنّه ليس الاستهلاك إلا هذا، وهو التعييب، وأمّا انعدام المحل فبتخليق الله تعالى؛ ولهذا كان له حقُّ التضمينِ بالإجماع، وهو إمارةُ الاستهلاك.

والجوابُ عن قولهما: إنّه لا اعتبارَ بالقسمة؛ لأنّها توجبها الشركة، فيصلُ كلُّ واحدٍ حقَّه، فلا تصلحُ أن تكونَ موجبةً للشركة؛ لأنَّ حكمَ العلّة لا يكونُ علّة العلّة.

---

(١) ينظر: «المنح»(ق٢: ٢٠٩/ب).

....

....

ثم قالوا: لا يباح للخالط التناول قبل أداء الضمان، ولو أبرأ المودَعُ الخالطَ لا سبيل للمودِع على المخلوطِ عند الإمام؛ لأنَّ حقّه لم يكن إلا في الدَّين، وقد سقط بإبرائه، وعندهما بالإبراء يسقط خيار الضمان، فتكون الشركةُ في المخلوط، فظهرَ ثمرة الخلاف.

ولو خلط المائعَ بخلاف جنسه؛ كما إذا خلطَ الزيت بالشيرج، يوجبُ انقطاع حقّ المالكِ بالضمان؛ لأنّه استهلاكه صورةً ومعنى، لتعذّر القسمة باختلافِ الجنس، وتعيَّن المبادلةُ من هذا القبيلِ خلطُ الحنطة بالشعير في الصحيح؛ لأنّه لا يصل المالك إلى عين ملكه إلا بحرج، والمتعسّرُ كالمتعذّر؛ ولأنَّ الحنطة لا تخلو عن الشعير، والشعير لا يخلو عن حبَّات الحنطة، فتعذَّرَ التمييزُ حقيقةً وحكماً أيضاً بالقسمة؛ لاختلافِ الجنس؛ لأنَّ القسمةَ عند اختلافِ الجنسِ غيرُ مشروع.

وقيل: لا ينقطعُ حقُّ المالكِ عن المخلوط هاهنا، ويكون له الخيار، وقيل: القياسُ أن يصيرَ المخلوطُ ملكاً للخالط عند الإمام، وفي الاستحسان: لا يصير. كما ذكرَه في «الكفاية»[1]، وغيرها.

ولو خلطَ المائعَ بجنسه فعند الإمام ينقطعُ حقُّ المالكِ إلى الضمان؛ لِمَا ذكرنا من استهلاكه من كلّ وجهٍ عندَه، وعند أبي يوسف ﷺ يجعل الأقلُّ تابعاً للأكثر اعتباراً لغالبِ أجزاءه، فيكون المخلوطُ لصاحبِ الكثير، ويضمن لصاحب القليل اعتباراً.

وعند محمَّد ﷺ شركة مطلقاً سواء كان أحدهما غالباً أو مغلوباً، أو كانا متساويين؛ لأنَّ الجنسَ لا يغلبُ الجنس عنده، كما إذا جمع بين لبنِ امرأتينِ في قدحٍ وصبَّ في حلقِ رضيعٍ يثبتُ الرضاعُ منهما عند محمّد ﷺ.

وعند أبي يوسف ﷺ العبرةُ للكثرةِ كما صرّحوا في أحكامِ الرضاع، فقد عرفتَ أنَّ في كلامِ الشارح ﷺ إجمالاً في محلّ التفصيل، وأوضحت المقام بكملّ التوضيح، فتذكّر وتشكّر[2].

---

(١) «الكفاية»(٧: ٤٥٥).

(٢) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٧٣).

أو تعـدَّى المـودَعُ فلَبِسَ ثوبَها ، أو رَكِبَ دابَّتَها ، أو أنفقَ بعضَها ثُمَّ خَلَطَ مثلَهُ بما بقي ، أو حفظَ في دارٍ أمرِ المودَعَ به في غيرِها ضَمِن

(**أو تعدَّى**[1] **المودَعُ فلَبِسَ ثوبَها ، أو رَكِبَ دابَّتَها ، أو أنفقَ بعضَها ثُمَّ خَلَطَ مثلَهُ بما بقي ، أو حفظَ في دارٍ**[2] **أمرِ المودَعَ به في غيرِها ضَمِن**[3]) : أي حفظَ في دارٍ أمرَ المودَعُ بالحفظِ في غيرِها ، فقولُهُ ضَمِنَ جزاءُ الشَّرط ، وهو قولُهُ : فإن حبسَها... الخ

[1]قوله : **أو تعدى**...الخ ؛ يعني أو تعدَّى المودعُ في الوديعة ، بأن كانت ثوباً فلبسَه ، أو دابةً فركبَها ، وكذا عبداً فاستخدمَه ، أو أنفقَ المودَعُ بعضَ الوديعةِ ثمَّ ردَّ مثلَه ، وخلطَه بالباقي من الوديعة ، أو حفظَ المودَعُ تلك الوديعة في دارِ أمره صاحبُ الوديعة بحفظها في غير تلك الدار.

[2]قوله : **أو حفظَ في دار**...الخ ؛ قيَّد بقولِهِ في دار ؛ لأنّه إن أمرَ المالكَ المودَعُ بحفظِ الوديعةِ في بيتٍ معيَّن من دارِ المودع ، فحفظَها المودَع في بيتٍ آخرَ من تلكِ الدار ، وكانت البيوتُ مستوية في الحفظِ لا يضمنُ المودَع ؛ لأنّه لا يمكنُه الحفظُ مع مراعاةِ هذا الشرط ، فلم يكن مفيداً.

فلا يعتبرُ الشرط إلاَّ إذا كان في ذلك البيت الآخر خللٌ ظاهر ، بأنَّ الدار التي فيها البيتان عظيمة ، والبيت الذي نهاه عن الحفظِ مكشوف يتخوّف منه ، فحينئذٍ يكون الشرطُ معتبراً ، ويضمنُ المودَعُ لكون المعيَّن أحرزَ من الآخر ، كما سيأتيك إن شاء الله تعالى.

[3]قوله : **ضمن** ؛ في هذه الوجوه كلّها ، أمّا إذا حبسَها بعد طلبِ صاحبِها ؛ فلوجود التعدي لمنعه وهذا لأنّه لَمَّا طالبه لم يكن راضياً بإمساكه بعد الطلب ، فيضمنُها لحبسه عنه. وكذا فيما أذا جحدها عند صاحبها ؛ لأنَّ بالطلبِ ينتهي عقدُ الوديعة ، فصار غاصباً بعده بإمساكه.

وأمّا في صورةِ الخلط ، فلما بيَّناه مفصلاً ، وأمّا في صورةِ التعدِّي ؛ فلأنّه استهلاكه معنىً.

وأمّا في صورةِ إنفاقِ البعضِ ثمّ خلط مثله بالباقي ؛ فلأنّه خلطَ مالَ غيرِهِ بماله ، وهذا استهلاكٌ من وجهٍ عندهما ، فيكون صاحبُ الوديعةِ بالخيار حينئذٍ إن شاءَ ضَمَّنَه ، وإن شاء شاركَه في المخلوط ، أو من كلِّ وجه عند الإمام ، فلا يكونُ للمودَعِ على

وإن اختلطَتْ بلا فعلِه اشتركَها، ولو أزالَ التَّعدِّي زالَ ضمانُه

(وإن اختلطَتْ[1] بلا فعلِهِ اشتركَها، ولو أزالَ[2] التَّعدِّي زالَ ضمانُه)، كما إذا وضعَها في دارٍ أخرى، ثُمَّ ردَّها إلى دارٍ أَمَرَ المالكُ بالحفظِ فيها زالَ الضَّمان: أي إن كانت الوديعةُ بحيث لو هَلَكَتْ لكانت مضمونة، فزالَ هذا المعنى، وإنَّما قلنا هذا؛ لأنَّ زوالَ الضَّمان حقيقةً غيرُ ممكن؛ لأنَّ حقيقةَ زوال الضَّمان بعد الهلاك، وبعدَ الهلاكِ لا يمكنُ إزالةُ التَّعدِّي، وعند[3] الشَّافِعِيّ(1) ﷺ: إن زالَ التَّعدِّي لا يزولُ الضَّمان.

الوديعةِ سبيل كما حقَّقناه، وأمّا في صورةِ حفظِ الوديعةِ في دارٍ أمر به في غيرها، فلتفاوتِ الدَّارين في الأغلب، فيكون أمرُ صاحبِ الوديعة مفيداً.

[1]قوله: وإن اختلطت...الخ؛ يعني وإن اختلطت الوديعةُ بمالِ المودَع بلا صنعه، فصاحبُ الوديعةِ والمودَعِ يكونان شريكين إجماعاً؛ لأنَّ الضمانَ لا يجبُ عليه إلا بالتعدِّي، ولم يوجد، وكانت شركة تلك، فالهالك يكون من مالهما فلم يضمن.

[2]قوله: ولو أزال...الخ؛ يعني أزالَ المودَعُ التعدِّي بأن تركَ لبس ثوب الوديعة، أو ركوبِ دابَّتِها زال ضمانُه، وإنَّما قال: زالَ ضمانُه؛ لأنَّ الضمانَ وجبَ عليه بنفسِ اللُّبْس أو الركوبِ مثلاً، حتى لو هلك في حالةِ الاستعمال يضمنُ بلا خلاف.

وزوال الضمانِ مفيدٌ بها إذا لم ينقصها الاستعمال، فإن نقصها ضمنَ النقصانَ لصيرورته حابساً لجزءٍ منها على وجه التعدِّي. ذكرَه العلامةُ الطَّحْطَاويُّ ﷺ(2) نقلاً عن «شرح تنوير الأذهان».

[3]قوله: وعند الشافعي ﷺ... الخ؛ يعني عنده لا يزولُ الضمانُ عند زوال التعدِّي، وبه قال مالك ﷺ في رواية، وأحمد ﷺ؛ لأنَّ عقدَ الوديعةِ قد ارتفعَ بالخلاف بدلالةِ صيرورةِ المحلّ مضموناً عليه، وإذا ارتفعَ العقدُ لا يعود إلا بسببٍ جديد ولم يوجد.

ولنا: إنَّ الإيداعَ مطلقٌ يتناولُ جميع الأوقات ما قبل الخلاف وما بعده، ولا يبطلُ بالخلاف؛ لأنَّ بطلانَ الشيء بما وضعَ لإبطاله أو بما ينافيه، والاستعمالُ ليس بموضوعٍ لإبطالِ الإيداع، ولا بمنافٍ له.

---

(1) ينظر: «النكت في المسائل المختلف فيها» للشيرازي(ص٥٨٥).
(2) في «حاشيته»(٣: ٣٨٠).

ولا يدفعُ إلى أحدِ المودعين قسطَهُ بغيبةِ الآخر

(ولا يدفعُ[1] إلى أحدِ المودعين قسطَهُ بغيبةِ الآخر)

والجوابُ عمّا استدلَّ به الشافعيّ ﷺ: إنَّ ارتفاعَ حكمَ العقد وهو عدم الضمانُ ضرورةَ ثبوتِ نقيضه، وهو وجوب الضمان؛ لأنَّ حكمَ عقدِ الوديعة الحفظ وعدمُ الضمان، ونقيضُ هذا العقد وجوبُ الضمان، فإذا ارتفعَ نقيضُه عاد حكمُ العقد كما إذا استأجره لحفظِ متاعه شهراً، فتركَ الحفظَ ثمَّ حفظَ في الباقي، فحصلَ الردّ إلى نائب المالك، وهو المودَع(١).

[١]قوله: **ولا يدفع**...الخ؛ يعني إذا أودعَ رجلان عند رجلٍ وديعةً فحضرَ أحدُهما يطلبُ نصيبَه لم يدفع إليه نصيبَه، حتى يحضرَ الآخر، ولو دفعَ ففي الضمانِ اختلاف، صرَّح الشُّمُنيُّ(٢)، وغيره: بوجوبه.

وقال في «البحر»: الاستحسان لا، وقال في «الدر المختار»(٣): فكان هو المختار. انتهى. لكنَّ فيه أنّه كيف يكون هو المختار، وقد قال المقدسيّ: مخالفٌ لما عليه الأئمّة الأعيان، بل غالبُ المتون عليه متّفقون، وقال الشيخ قاسم: اختار النسفيُّ قولَ الإمام المحبوبيّ وصدرَ الشريعة. كما في «حواشي الدر المختار»(٤)، وإن شئت زيادةَ التفصيلِ فارجع إلى «حاشية الحموي».

وقال في «المنح»(٥): إذا دفع لا يكون قسمةً اتّفاقاً، حتى إذا هلك الباقي رجعَ الغائبُ على الآخذِ بحصّته، ويأخذُ حصّته منها. انتهى.

وقال في «الفتاوى العالمكيريّة»(٦): فإن دفعَ إليه نصيبه فهلك في يدِهِ ثمَّ حضرَ الآخر فله أن يأخذَ ما بقيَ في يدِ المودَع، فإن هلك ما في يدِ المودع هلك أمانة بالإجماع. «ينابيع». وإن هلك المقبوض في يد القابضِ فليس له أن يشاركَ الغائبَ فيما بقي «غاية البيان». انتهى.

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٧٣).

(٢) في «كمال الدراية»(ق٤٧٣).

(٣) «الدر المختار»(٤: ٤٩٩).

(٤) «رد المحتار على الدر المختار»(٥: ٤٩٩).

(٥) «منح الغفار»(ق٢: ٢١١/ب).

(٦) «الفتاوى الهندية»(٤: ٣٥٤ - ٣٥٥).

ولأحدِ المودعين دفعُها إلى الآخرِ فيما لا يُقْسَم، ودفعُ نصفِها فقط فيما يُقْسَم

أمّا إذا كانت[١] الوديعةُ غيرَ المكيلِ والموزون فبالإتفاق، وإن كانت من المكيلِ والموزونِ فكذا عند أبي حنيفةَ ﷺ خلافاً لهما؛ لأنّه ليس للمودعِ ولايةُ القسمة.

(ولأحدِ المودعين دفعُها إلى الآخرِ فيما لا يُقْسَم[٢]، ودفعُ نصفِها فقط فيما يُقْسَم[٣]): أي إذا كانت الوديعةُ عند رجلين، وهي ممّا لا يُقْسَم، يحفظُها أحدُهما بإذن الآخر، فإن كانت ممّا يُقْسَم لا يجوزُ لأحدِهما أن يدفعَها إلى الآخر للحفظ، بل يَقْسِمان فيحفظُ كلٌّ واحدٍ نصفَه، وهذا عند أبي حنيفةَ[٤] ﷺ

[١]قوله: أمّا إذا كانت...الخ؛ لَمّا كانت المسألة غير اتّفاقيّة على الإطلاق، فصرَّحَ به وحاصله: إنَّ في غيرِ المكيل والموزونِ كالثيابِ والدواب وغيرِ ذلك من ذواتِ القيمِ ليس للحاضرِ أن يأخذَ نصيبَه بغيبة الآخر بالاتّفاق.

وأمّا في المكيل والموزونِ كالحنطةِ والدراهم من ذواتِ الأمثال، فلا يجوز للحاضر أن يأخذَ نصيبَه بغيبة الآخرِ عند الإمام، وعندهما: يجوز.

لهما: إنّ كلَّ واحدٍ من المودعين مالكٌ لنصيبه حقيقة، فلا يتعدّى عليه قبضه بغيبة الآخر، كما أنَّ الشريكين في الدَّينِ إذا حضرَ أحدُهما كان له أن يطالبَ المديونَ بنصيبه، وأن يقبضَ نصيبَه.

وللإمام: إنَّ الحاضرَ يطالبُهُ بالفرز، وحقُّه في مشاع، ولا يفرزُ إلا بالقسمة، وليس [له] ولايتها بخلاف الدين المشترك، فإنَّ الحاضرَ يطالبُ المديون بتسليمِ حقّه؛ لأنَّ الديون تقضى بأمثالها.

[٢]قوله: فيما لا يقسم؛ كعبدٍ وثوبٍ واحد وغيرهما ممّا يعيبُ بالتقسيم.

[٣]قوله: فيما يقسم؛ كالميكلِ والثياب وغيرهما ممّا لا يعيب بالتقسيم

[٤]قوله: وهذا عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ وكذا المرتهنان والوكيلان بالشراء إذا سلّم أحدُهما، فإنَّ رجلاً إذا رهن عند رجلين ما يمكن قسمتُهُ فدفع أحدُهما إلى الآخر ضَمِنَ عنده خلافاً لهما، وإذا رهن ما لا يقسم عند رجلين، فلكلٍّ واحدٍ من المرتهنين أن يحفظَ الرهنَ بإذنِ الآخر.

وكذا إذا وكّلَ رجلٌ رجلين بشراءِ شيء فدفعَ إليهما مالاً ممّا يقسم، فدفعَه إلى الآخر فضاع، ضَمِنَ النصف. كما صرَّح به في «النهاية»، وغيرها.

وضَمِنَ دافعُ الكلِّ لا قابضه، فلو نُهِيَ عن الدَّفعِ إلى عيالِه، فدفعَ إلى مَن له منه بُدٌّ ضَمِن، وإلى مَن لا بُدَّ له منه كدفع الدَّابة إلى عبدِه، وشيء تحفظُهُ النِّساءِ إلى عرسِه

وعندهما يجوزُ الدَّفعُ[1] إلى الآخر فيما يُقْسَم، (**وضَمِنَ دافعُ الكلِّ**[2] **لا قابضه**): أي إذا دَفَعَ الكلَّ إلى الآخر فيما يُقْسَم[3] يضمنُ الدَّافعُ النِّصف، ولا يضمنُ القابض؛ لأنَّ مودَعَ المودعِ لا يضمنُ عنده.

(**فلو نُهِيَ**[4] **عن الدَّفعِ إلى عيالِه، فدفعَ إلى مَن له منه بُدٌّ ضَمِن**(1)، **وإلى مَن لا بُدَّ له منه كدفع الدَّابة إلى عبدِه، وشيء تحفظُهُ النِّساءِ إلى عرسِه**،

[1]قوله: **وعندهما يجوز الدفع**...الخ؛ لهما: إنَّ المالكَ رضيَ بأمانتها، فهذا الذي دفعه إليه كان المالك راضياً بثبوتِ يده عليه وحفظه له.

وللإمام: إنَّ المالكَ رضيَ بحفظهما كلّ الوديعة، لا بحفظِ أحدهما؛ لأنَّ الأصلَ أنَّ فعلَ الاثنينِ إذا أضيفَ إلى ما يقبلُ التجزيء تناول البعض لا الكلّ، فوقعَ التسليم إلى الآخرِ من غير رضاء المالك.

[2]قوله: **وضَمِنَ دافع الكلّ**؛ نصف القيمة فيما يقسم عنده، ولا يضمن شيئاً عندهما، بناءً على ما ذكرنا، وقال القُهُسْتَانِيّ(2): [ذكر] شيخ الإسلام: أنّه إذا رضيا أن يكون المالُ عند أحدِهما إلى أن يحضرَ صاحب المال جاز، ولم يذكر خلافاً. انتهى.

[3]قوله: **فيما يقسم** بخلافِ ما لا يقسم؛ لأنّه لما أودعهما، ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار، أمكنهما المهايأة كان المالكُ راضياً بدفعِ الكلّ إلى أحدهما في بعض الأحوال. كذا في «الهداية»(3).

[4]قوله: **فلو نهى**...الخ؛ يعني فلو نهى المودَعُ من جانبِ المالك عن دفع الوديعةِ إلى عياله، فدفعَها إلى مَن نهاه، وكان له منه بُدٌّ بعدم الاحتياجِ إليه كدفعِهِ الخاتم إلى

---

(1) كأن قال: لا تدفعها إلى امرأتك أو أحد من عيالك، فإن هذا الشرط مفيدٌ، إذ قد يأمن الإنسان الرجل على ماله ولا يأتمن عليه عياله، إلا أنه إنما يلزم مراعاته بحسب الإمكان، فإذا لم يكن الحفظ بدونه صار النهي عن الدفع إليه كالنهي عن حفظه، فكان مناقضاً لأصله فيبطل، فلا يضمن إذا هلكت. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٤٦٠).

(2) في «جامع الرموز»(٢: ٨٩).

(3) «الهداية»(٣: ٢١٨).

لا كما لو أُمِرَ بحفظِها في بيتٍ معيَّنٍ من دار، فحفظَ في آخر منها، فإن كانَ له خللٌ ظاهرٌ ضَمِن، ولو أودعَ المودَعُ فهلَكَت ضَمِنَ الأوَّل فقط

لا كما لو أُمِرَ[١] **بحفظِها في بيتٍ معيَّنٍ من دار، فحفظَ في آخر منها)**: لأنَّ بيوتَ دارٍ واحدةٍ لا تتفاوت، ولا فائدةَ في التَّعيين بخلافِ الدَّار؛ لأنَّ الدَّارين يتفاوتان، **(فإنْ كانَ له خللٌ ظاهرٌ ضَمِن)**: أي إذا كانت للبيتِ الذي حفظَها فيه خللٌ ظاهر، وقد عيَّن بيتاً آخر من هذه الدَّار ضَمِن.

(ولو أودعَ[٢] **المودَعُ فهلَكَت ضَمِنَ الأوَّل فقط)**

عبده، مع أنَّ له أهلاً، سواه ضَمِنَ المودَعُ إلى أن هلكت تلك الوديعة؛ لأنَّ الشرطَ مفيد، فإنَّ من العيالِ من لا يؤتمن، وقد أمكنَ العمل به مع مراعاة هذا الشرط، فاعتبرَ ذلك الشرط.

وإن دفعَها إلى مَن لا بدَّ منه كدفعِ الدابة إلى عبده، وكدفع شيء يحفظه النساء إلى زوجته لا يضمنُ المودِع إن هلكت؛ لأنّه لا يمكن إقامةُ العمل، وهو الحفظُ مع مراعاةِ هذا الشرط: أعني عدمَ الدفعِ إلى امرأته وإن كان هذا الشرطُ مفيداً فيلغوا.

والأصل في هذا الباب: إنَّ الشرطَ إذا كان مفيداً والعمل به ممكن وجب مراعاته، والمخالفة له توجبَ الضمان، وإن لم يكن مفيداً أو كان ولم يكن العملُ به ممكناً يلغو ذلك الشرط، فعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأة وله امرأة أخرى أمينةٌ، أو عن الحفظ في الدار المعيّنة، وله دار أخرى فخالف فهلك ضمن. كما صرّحوا به.

[١]قوله كما لو أمر...الخ؛ يعني كما لو أمر المالكُ المودعَ بحفظِ الوديعةِ في بيتٍ معيَّنٍ من دارٍ فحفظَها في بيتٍ آخرَ من تلك الدار لا يضمن إن هلكت، وكان القياسُ وجوبَ الضمان؛ لأنَّ البيتين قد يتفاوتان في الحرز، بأن يكون ظهرُ أحدِهما إلى السكّة، فيتمكّن السارقُ من الأخذِ منه ما لا يتمكّنُ من البيت الآخر، فهذا الشرط مفيدٌ وقد خالفَه المودَع، فينبغي أن يضمنَ، ووجه الاستحسان ما ذكرَه الشارحُ ﷺ بقوله: لأنَّ بيوت دار...الخ.

وحاصله: إنَّ هذا الشرطَ غيرُ مفيد، فإنَّ البيوتَ في دارٍ واحدة لا تتفاوتُ في الحرز، كما إذا قال المالكُ للمودع: احفظ هذه الوديعةَ في هذا الجانبِ من البيت، فحفظها في الجانب الآخر من البيت، أو قال: احفظها في هذا الصندوق، فحفظها في صندوقٍ آخر، لا يضمن إن هلكت.

[٢]قوله: ولو أودع...الخ؛ يعني ولو أودعَ المودَعُ غيرَه فهلكت الوديعةُ ضَمِنَ

ولو أودعَ الغاصبُ ضَمَّن أيُّهما شاء

هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ، وقالا: يُضَمِّنُ أيُّهما شاء، فإن ضَمِنَ الأوَّل لم يَرْجِعْ على الثَّاني، وإن ضَمِن الثَّاني رجعَ على الأَوَّل.

(**ولو أودعَ الغاصبُ**[1] **ضَمَّن أيُّهما شاء**)، هذا بالاتفاق فهما قاسا مُودَعَ المودَعِ على مُودَعِ الغاصب، فإنّ المودَعَ إذا دَفَعَ إلى الأجنبي صارَ غاصباً

المودَعُ الأوّل فقط، وهذا عند الإمام، وعندها وكذا عند الأئمَّة الثلاثةِ يخيَّرُ المالكِ في التضمين، فيضمِّنَ أيّهما شاء؛ لأنَّ الأوّل خائنٌ بالتسليم إلى الثاني بغير إذنِ المالك، والثاني تعدَّى بالقبضِ بغيرِ إذنه.

فيميلُ المالكُ إلى أيِّهما شاء، كالغاصب، وغاصب الغاصب، أو الغاصب ومودع الغاصب، أو الغاصب والمشتري من الغاصب، حيث يُضَمِّنُ المالكُ أيّهما شاء، فإن ضمنَ الأوَّل لم يرجعْ على الثاني؛ لأنّه بالضمان ملكه، فتبيَّن أنّه أودعَ أو باعَ ملك نفسه، وإن ضمنَ المودَعُ أو المشتري رجعَ على الأوّل؛ لأنّه في القبض مغرورٌ من جهة، فيرجعُ عليه بما ضمنَ بسببه.

ولأبي حنيفة ﷺ: إنَّ الأوَّل لا يضمنُ بالدَّفعِ إلى الثاني ما لم يفارقه؛ لأنَّ حفظَه لا يفوتُ ما دامَ في مجلسه، والمالكُ إنّما رضيَ بحفظه [ورأيه] لا لصورةِ يده، فإذا فارقَ الأوَّل الثاني ضمنَ بالتضييع بتركُ الحفظَ الملتزم له بالعقد، والثاني أمين استمرَّ على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع يجب به الضمان، فلم يضمن، وصارَ هذا في حقّه كثوبٍ ألقته الريحُ في حجرة فهلك من غير صنعه، فإنّه لا يضمنُ باستمراره في حجره، فكذا هذا، والجامع بينهما أنَّ كلَّ واحدٍ منهما لم يكن متعدّياً في الابتداء، فلا ينقلب متعدياً من غير إحداث فعل في الانتهاء[1].

[1]قوله **لو أودع الغاصب**... الخ؛ يعني ولو أودعَ الغاصبُ المغصوبَ عند غيره ضَمَّنَ المغصوبُ منه أيّاً شاءَ من الغاصب ومودعه إجماعاً؛ لأنَّ الثاني صار مثل الأوَّل في التلقي منه ابتداءً بعدم إذن المالك، فكذا بقاء.

ثمّ مودع الغاصب إن لم يعلم أنه غاصبٌ يرجعُ على الغاصبِ قولاً واحداً، وإن

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٧٥)، و«التبيين»(٥: ٨٢ - ٨٣).

ولو ادَّعى كلٌّ من رجلينِ ألفاً مع ثالثٍ أنّه له أودعَه إيَّاه، فنَكَلَ لهما، فهذا وألف آخر عليه لهما

وفَرَّقَ أبو حنيفة[1] بأن المودَعَ إذا دَفَعَ إلى الغيرِ لا يضمنُ ما لم يفارقْه، فإذا فارقَ تركَ الحفظ فيضمنُ، ولا يضمنُ الآخر؛ لأنه صارَ مودَعاً حيث غابَ الآخر ولا صنعَ له في ذلك، كثوبٍ ألقتْهُ الرِّيحُ في حجرِ إنسان.

(**ولو ادَّعى**[2] **كلٌّ من رجلينِ ألفاً مع ثالثٍ أنّه له أودعَه إيَّاه، فنَكَلَ**[3] **لهما، فهذا وألف آخر عليه لهما**): ادَّعى زيدٌ على عمروٍ أنَّ هذا الألفَ الذي في يدِك أودعتُهُ إيَّاك، وادَّعى بكرٌ على عمرو كذلك، ولا بيِّنةَ لأحد، وعمروٌ منكر، فالقاضي يُحَلِّفَهُ[4]

علم فكذلك في الظاهر، وحكى أبو اليسر ﷺ: إنّه لا يرجع وإليه أشارَ شمسُ الأئمّة ﷺ. كذا في «كمال الدراية»[1]، و«النهاية»، وغيرهما.

[١]قوله: وفرّق أبو حنيفة ﷺ...الخ؛ حاصلُه: إنَّ الفرقَ لأبي حنيفة حيث لم يضمنْ الثاني في مودَعِ المودَع، وضَمِنَ في مودعِ الغاصب: أنَّ المال وصلَ إلى مودَعِ المودَعِ من أمين، فلم يكن متعدّياً بوضعِ يده عليه، ووصل إلى مودعِ الغاصب من متعد، وكان متعدّياً بوضعِ يده عليه[2].

[٢]قوله: ولو ادّعى...الخ؛ يعني ومَن كان في يدِه ألفٌ فادَّعاها رجلين كلُّ واحدٍ منهما أن هذه الألف أودعها إيّاه، وصاحبُ اليد أبى أن يحلفَ لهما، فهذه الألف تكون بينهما على السويّة، وعلى صاحب اليد تكون ألف أخرى بين المدعيين.

[٣]قوله: فنكل؛ هذا معطوف على فعلٍ محذوف وهو أنكر، وتقديرُ الكلام هكذا: فأنكر ذلك الثالث، وليس للمدعيين بيِّنةَ فعرضَ على المنكرِ اليمين فنكَل، وأبى عنه للمدعيين.

[٤]قوله: فالقاضي يحلّفه؛ لأنَّ دعوى كلّ واحدٍ تحتمل الصدق فتكون صحيحة على سبيل الانفرادِ دون الاجتماع؛ لكونِ الألف مودعاً من اثنين بكامله مستحيلاً، ولا بيّنةَ للمدعيين، فيستحقُّ الحلفَ على المنكرِ للحديث المشهور، أعني: «البيِّنة على

---

(١) «كمال الدراية»(ق٤٧٥).

(٢) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٧٥).

لكلٍّ واحدٍ على الانفراد[١]، ويبدأُ بأيِّهما شاء[٢]، فإن تشاحّا[٣] أقرع بينهما، وإن نَكَلَ لأحدِهما[٤] يُحَلِّفُهُ للآخر، فأن نَكَلَ له أيضاً، فهذا الألفُ مع ألف آخر عليه يكون لهما؛ لأنّه أوجبَ الحقَّ لكلٍّ واحدٍ منهما سواءٌ بالبَذْل، أو بالإقرار، وذلك حجَّةٌ في حقِّه، ويصرفُ الألفُ إليهما، وصارَ قاضياً نصف حقِّ كلٍّ منهما بنصف حقِّ الآخر فيغرمه.

المدعي واليمين على المنكر»(١).

[١]قوله: **على الانفراد**؛ لتغايرِ الحقَّين؛ فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما ادَّعاه بانفراده.

[٢]قوله: **ويبدأ بأيِّهما شاء**؛ لأنَّ الجمعَ بينهما متعذِّرٌ، وأولويّة أحدِهما من الآخر معدومة؛ لعدمِ المرجِّح، ولا ضررَ للآخرِ في التأخيرِ على تقدير النكول الأوّل؛ لأنه لا يعطى به حتى نكل للثاني.

[٣]قوله: **فإن تشاحا**...الخ؛ أي تنازعا في البداية بالحلف، أقرعَ القاضي بينهما تطييباً لقلبهما، ونفياً لتهمة الميلِ إلى أحدهما، قال في «المصباح»(٢): تشاحَّ القوم بالتشديد: إذا شحَّ بعضهم بعضاً ونازع. انتهى. قال في «الصراح»: تشاحَّ الرجلان عن الأمر لا يريدان أن يفوتهما. انتهى.

[٤]قوله: **وإن نكلَ لأحدهما**...الخ؛ توضيحه: إنَّ ذلك الثالث المدّعى عليه إن حلفَ لأحدِ المدَّعيين يحلفُ للثاني، فإن حلفَ فلا شيء لهما لعدمِ الحجّةِ من جهةِ المدعيين، وإن نكلَ للثاني بعدما حلف للأوَّل يقضى للثاني؛ لوجودِ الحجّة، أعني النكول، وإن نكلَ للأوّل يحلفُ للثاني، ولا يقضي للأوّل بالنكول؛ لأنَّ من جهة الآخر أن يقول: لو بدأتَ بالاستحلاف لكان نكلَ أيضاً، ولو نكلَ للثاني أيضاً يقضي بالألف بين المدَّعيين نصفين على ما ذكرَ في «الكتاب»؛ لاستوائهما في الحجّة.

كما إذا أقاما البيّنة ويغرم صاحبُ اليد ألفاً أخرى بيّنهما؛ لأنَّ المودَعَ المنكرَ أوجبَ الحقَّ لكلٍّ واحدٍ منهما ببذله على مذهب الإمام؛ لأنَّ النكولَ بذلٌ عنده بإقراره على مذهبِ صاحبيه، فإنَّ النكول إقرار عندهما، والإقرار أو البذلُ حجّة في حقِّ المودَعِ

(١) سبق تخريجه.

(٢) «المصباح المنير»(ص٣٠٦).

....

واعلم[1] أنَّ النُّكولَ هنا يفارقُ الإقرار، فإنَّه إذا أقرّ لأحدِهما يقضى له، ولا يحلفُ للآخر؛ لأنَّ الإقرارَ حجَّةٌ بنفسِه، والنُّكولُ إنَّما يصيرُ حجَّةً بقضاءِ القاضي، فجازَ تأخير القضاء ليحلفَ للثَّاني حتى إذا نَكَلَ[2] لأحدِهما، وقضى القاضي به

المنكر، وبصرف المودَعِ الألفَ إلى المدعيين صارَ قاضياً نصفَ حقّ كلّ واحدٍ منهما بنصف حقّ الآخر، فيغرم الألفُ الذي صرفَ إليهما فيصير ألفان.

[1]قوله: واعلم...الخ؛ الغرض من هذا الكلام إظهارُ الفرق بين الإقرار والنكول في الحكم، حاصله: إنَّ صاحبَ اليدِ إذا أقرَّ لأحدِهما يقضى للمقرّ له لكونِ الإقرارِ حجّةً موجبةً بنفسه، فلا وجه للتوقُّف على الاستحلاف للثاني.

بخلافِ النكول فإنّه لا يصيرُ حجّة إلا عند القضاءِ بإنزاله مقرّاً أو باذلاً؛ ولذا لو نكلَ ثمَّ حلفَ لا يلزمه شيء، فجازَ تأخيرُ القاضي الحلف للثاني لاكتشافِ وجه القضاء، بأنّه يقضى بالألفِ لهما أو لأحدهما؛ لأنّه لو حلف للثاني فلا شيء له، والألفُ كلُّه للأوّل، ولو نكلَ الثاني أيضاً كان الألف بينهما، فهذا وجهُ التوقُّف في القضاء ليظهر وجهه.

[2]قوله: حتى إذا نكل... الخ؛ يعني إذا قضى القاضي للأوَّل حين نكوله للثاني فعلى ما ذكره فخرُ الإسلام البَزْدَوِيّ في «شرح الجامع الصغير»: يحلفُ للثاني، فإذا نكل للثاني يقضى بالألف، ويغرم ألفاً آخرَ بينهما، فإنَّ القضاءَ للأوّل لا يبطلُ حقّ الثاني؛ لأنّ القاضي يقدّمُ الأوّل على الثاني، إمّا باختياره أو بالقرعة، وعلى كلّ حالٍ لا يبطلُ حقُّ الثاني.

قال في «العناية»(1): ولم يذكر أنّه إذا حلف للثاني ماذا حكمه، قال أخوه في «شرح الجامع الصغير»: فإن حلفَ يقضى بنكولِه للأوّل. انتهى.

وعلى ما ذكرَه الخصّافُ نفذَ قضاءُ القاضي للأوّل، ويكون الألفُ له، ولا يكون بينهما، فلا يحلف للثاني؛ لأنَّ قضاءَ القاضي إنّما وقعَ في أمرٍ مجتهدٍ فيه؛ لأنَّ بعض العلماء قائلٌ بأنّه يقضى للأوّلِ بالنكول، ولا يؤخّر القضاء للتحليفِ للثاني؛ لأنَّ النكولَ إقرارُ دلالة، ولا يؤخّر القضاءَ في الإقرار.

---

(1) «العناية»(7: 463).

....

فعلى روايةِ فخرِ الإسلام[1] البَزْدَويِّ ﷺ يَحْلِفُ للثَّاني، فإن نَكَلَ يقضي بينهما؛ لأنَّ القضاءَ للأوَّل لا يبطلُ حقَّ الثَّاني، وعلى روايةِ الخَصَّاف ﷺ[2] لا يحلفُ للثَّاني؛ لأنَّ القضاءَ وَقَعَ في مجتهدٍ فيه؛ لأنَّ بعضَ العلماءِ قال: إذا نَكَلَ لأحدِهما يقضى له، ولا يؤخَّر ليحلفَ للثَّاني؛ لأنَّ النُّكول كالإقرار، وفي الإقرار لا يؤخَّر

وهاهنا أبحاثٌ وتفاصيل مزبورة في «حواشي الهداية»(1) إن شئتَ الاطلاع عليها فارجع إليها.

[1]قوله: فخر الإسلام ﷺ؛ وهو علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النَّسَفِيُّ البَزْدَوِيّ، نسبةً إلى بزدة، وهي قلعةٌ حصينة، والنسف أصله نخشب، وهو بلدةٌ معروفة، لفظ فخرِ الإسلامِ يدلُّ على وصف صاحبه، وهو كان كذلك؛ لأنه كان إماماً مُرْتَضَى ممتازاً في أصحابِ ما وراء النهر، وكان ممّن يضربُ المثل في حفظِ المذهب.

وكان يكنّى بأبي العسر؛ لكونِ تصانيفه عسيرة، وأخوه صدر الإسلام محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم كان يكنّى بأبي اليسر؛ لكون تصانيفه يسيرة، وفخرُ الإسلام قد توفّي بكش في رجب سنة (٤٨٢) «اثنين وثمانين وأربع مئة».

[2]قوله: وعلى رواية الخصّاف ﷺ؛ فالخصّافُ مشتقٌ من الخصف، بمعنى نعل ذو ختن، قال في «المصباح»(2): خصفَ الرجلُ نعلَه خصفاً من باب ضرب، فهو خصّاف. انتهى.

والمرادُ به أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني، كان محدّثاً رئيساً للأحناف، زاهداً، عالماً بالرأي، ورعاً، كبيراً في العلم، وكان يأكل من صنعه، وله: «كتاب الحيل»، و«كتاب الخراج»، وغيرهما، وكان يروي عن بشر بن الوليد عن أبي يوسف، توفي ببغداد سنة (٢٦١) «أحد وستين ومئتين». ذكره في «البناية»، وغيرها.

---

(1) «الكفاية» و«العناية»(٧: ٤٦٣).

(2) «المصباح المنير»(ص١٧١).

كتاب العارية[1]

[1]قوله: **كتاب العارية**؛ ذكرها بعد الوديعة؛ لاشتراكهما في الأمانة، و أخَّرها؛ لأنّ فيها تمليكاً وإيداعاً، فتكون من الوديعة بمنْزلة المفرد من المركب، والمركَّب مؤخَّر عن المفرد لتأخُّر الكلّ عن الجزء ذاتاً، والعاريّة بالتشديد، وقد تخفف.

قيل: هي منسوبةٌ إلى العار؛ لأنَّ طلبها عيبٌ وعارٌ، ويردّ عليه أنَّ العار يائيٌّ، والعاريةُ واويّةٌ على ما صرَّحوا به، وأيضاً ثبتَ أنَّ رسول الله ﷺ باشر الاستعارة، فلو كان العارُ في طلبها لما باشر.

وقيل: منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة.

وقيل: أنّ الياء فيه ليس بمعنى النسبة كالكرسي، وهي مشتقةٌ من التعاور، وهو التناوب، كأنّه يجعلُ للغيرِ نوبةً في الانتفاعِ بملكه، على أن تعودَ النوبةُ إليه بالاسترداد متى شاء؛ ولهذا كانت الإعارة في المكيلِ والموزون قرضاً؛ لأنّه لا ينتفع بها إلا باستهلاك العين، فلا يعودُ النوبةُ إليه في ملكِ العين لتكون عارية حقيقة، وإنّما تعودُ النوبة إليها في مثلها، وإنّما يملك الانتفاع بها على أن تكون مضموناً عليها، فتكون قرضاً.

وقيل: مأخوذة من العرية، وهي القضية المخصوصة بالأعيان، ومستعملة في تلك المنافع، وردّه المُطَرِّزيُّ[1]، وغيره بالمشتقات: استعاره منه فأعاره، واستعاره الشيءَ على حذف من[2].

وفي الشرعِ ما ذكره المصنِّف ﷺ بقوله: هي تمليك ... الخ.

ومشروعيَّتها تثبتُ بالكتاب والسنة والإجماع:

أمّا الكتابُ: فقوله ﷻ: ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾[3]، والماعون ما يتعاورونه في العادة، وقيل: الزكاة، فقد ذمَّ الله تعالى على منعِ الماعون الذي هو عدم إعارته، فتكون إعارته محمودة.

---

(١) في «المغرب»(ص٣٣١).

(٢) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٤٥ - ٣٤٦).

(٣) الماعون: ٧.

هي تمليكُ منفعةٍ بلا بدل

(هي تمليكُ منفعةٍ[1] بلا بدل) ، فإنَّ اللفظَ[2] يُنْبِئُ عن التَّمليك

وأمّا السنّة: فما رواه البُخاريّ عن أنس بن مالك ﷺ: أنّه قال: «كان فزع بالمدينة فاستعارَ النبيّ ﷺ فرساً من أبي طلحة يقال له: المندوب فركبه فلَمَّا رجعَ قال: ما رأينا من شيء وإن وجدناه لبحراً»(١)، أو ما أخرجه أبو داود ﷺ من أنه ﷺ: «استعارَ في غزوةِ حنين دروعاً من صفوان بن أميّة»(٢).

وأمّا الإجماع: فإنَّ الأمّة اجتمعت على جوازها، وإنّما اختلفوا في كونها مستحبّة، وهو قولُ الأكثر، أو واجبة وهو قول البعض.

ومن محاسنها: النيابة عن الله عز وجل في إجابة المضطر؛ لأنّها لا تكون إلا لمحتاجٍ كالقرض، فالمستعير مضطر، وقال سبحانه جلّ شأنه: ﴿ أَمَّن يُجِيبُ ٱلْمُضْطَرَّ إِذَا دَعَاهُ ﴾(٣)، والمعيرُ قد أعانه، فكأنّه ناب عن الله تعالى في إعانته، وإن كان فعل المعير من الله تعالى فلا ينوبه في الحقيقة، ففاعلها قد تخلّق بهذا الخلق، وورد: تخلّقوا بأخلاقِ الله ﷻ.

وركنُها: الإيجاب والقبول.

وشرطُها: القبض، كما صرّح به في «المضمرات».

[١] قوله: **هي تمليك منفعة**...الخ؛ يعني أنّ العاريةَ تمليكُ منفعةٍ من عين مع بقائها بلا عوض، فاحترزَ به عن قرض نحو الدراهم، وعن البيع والهبة والإجارة، فإنَّ في قرضِ الدراهمِ ونحوها لا يبقى العينُ على حالها، وفي البيع: لا يكون تمليكُ المنفعةِ بل تمليك العين بعوض، وفي الهبة بلا عوض، وفي الإجارة يكون تمليك المنفعة بعوض وهو الأجرة.

[٢] قوله: **فإن اللّفظ**...الخ؛ يعني وجه اعتبارِ التمليك في تعريف العارية إشعارُ اللفظ بالتمليك، وفيه تعريض على البعض، وهو الكرخيّ ﷺ فإنّه يقول: هي إباحة الانتفاعِ بملك الغير، وبه قال الشافعيّ ﷺ.

---

(١) في «صحيح البخاري»(٢: ٩٢٦)، وغيره.

(٢) في «سنن أبي داود»(٣: ٢٩٦)، وغيرها.

(٣) النمل: ٦٢.

....

فإنَّ العريةَ[1]: العطية

١.ووجه قوله: أنّ المعيرَ إذا قال للمستعير: أبحتُ لك هذا الثوب مثلاً، تكون عارية، والتمليكُ لا ينعقد بلفظِ الإباحة.

٢.وأنّه لا يشترطُ في العاريةِ إعلامُ مقدارِ المنفعة، ببيان المدّة، والمنافعُ لا تصير معلومةً إلا بذكرِ المدّة، والتمليكُ لا يصحّ مع الجهالة كما ترى في الإجارة.

٣.وأنَّ الإعارةَ تبطلُ بالنهي، فلو كانت تمليكاً لما بطلت بالنهي كالهبة والإجارة.

٤.وأنَّ المستعيرَ لا يملكُ الإجارةَ من غيره ومن ملكَ شيئاً بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض وبغير عوض كالموهوب له.

وحاصل ما استدللنا به: أنَّ لفظَ العارية منبئٌ عن التمليك؛ لكونها مشتقةَ من العرية بمعنه العطية؛ ولذا تنعقدُ العاريةُ بلفظِ التمليك؛ فلذا قلنا: بأنها تمليكُ منفعةٍ بلا بدل.

والجوابُ عن الوجه الأول: أنّ الإباحةَ قد تستعار للتمليك كما في الإجارة، ألا ترى أنّها تنعقدُ بلفظ الإباحة، والحالَ أنّها تمليك.

وعن الوجه الثاني: إنَّ الجهالةَ ليست بمانعةٍ مطلقة، بل إذا كانت مفضية إلى النِّزاع، وهذه الجهالةُ ليست كذلك؛ لعدمِ اللزوم، فلا تكون ضائرة؛ ولأنَّ الملك لا يثبتُ في العاريةِ إلا بالقبض، وهو الانتفاع، وعند الانتفاعِ لا وجودَ للجهالة.

وعن الوجه الثالث: أنَّ عملَ النهي ليس باعتبارِ أنّه ليس في العاريةِ تمليك، بل من حيث أنّه بالنهي يمنع المستعيرَ عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد، وله ذلك لكونها عقداً غير لازم، فكان له الرجوع أيُّ وقتٍ شاء.

وعن الوجه الرَّابع: أنَّ المستعيرَ لا يملكُ الإجارةَ لدفعِ زيادة الضررِ بالمعير، والسرُّ فيه: أنَّ الإجارةَ إنّما وضعت في الشرع لازمة، وفي ذلك سدُّ باب الاسترداد، فيتضرر به المعير.

[1]قوله: **فإنَّ العرية: العطية**: أي فإنَّ العاريةَ مأخوذةٌ من العرية، وهي بمعنى العطية، قال في «البناية»(1): فيه مناقشة؛ لأنَّ العارية أجوف واوي؛ ولهذا ذكرَه أهل

(1) «البناية»(٧: ٧٦٩).

وتصحُّ بأعرتُك، ومنحتُك

والمنافعُ[1] قابلةٌ للتَّمليك، كالوصيةِ بخدمةِ العبد، وعند البعض: هي إباحةُ الانتفاع بملكِ الغير.

اعلم أنَّ التَّمليكات أربعةُ أنواع:

١. فتمليكُ العينِ بالعوضِ بيعٌ.

٢. وبلا عوضٍ هبة.

٣. وتمليكُ المنفعةِ بعوضٍ إجارة.

٤. و بلا عوض عارية.

(وتصحُّ بأعرتُك[2] ومنحتُك)

اللغةِ في باب عور، والعريةُ ناقص، وحرفُ العلّة في لامه، فكذلك ذكره أهلُ اللغة في باب عرو. انتهى.

[1]قوله: والمنافع...الخ؛ جوابُ سؤالٍ مقدّر تقريرُه: أنَّ المنافعَ أعراضٌ لا تبقى، فهي ليست بقابلةٍ للتمليك، وتقريرُ الجواب: أنَّ المنافعَ تقبلُ الملكَ كالأعيان، والتمليكُ على نوعين:

أحدهما: بعوض.

والثاني: بغير عوض.

والأعيانُ تقبلُ كلا النوعين، أمّا التمليكُ بعوضٍ كالبيع، وأمّا التمليك بغير عوضٍ كالهبة ونحوها، فكذلك المنافع تقبلُ هذين النوعين كالإجارةِ والعارية، والجامعُ بينهما دفعُ حاجة الناس، فكما أنّهم محتاجون إلى نوعيّ التمليك في الأعيان كذلكَ محتاجون إلى ذلك في المنافع.

[2]قوله: وتصحّ بأعرتك؛ لكونه صريحاً في باب عقدِ العارية، ذكر الطَّحْطَاويّ ﷺ(1) نقلاً عن قاضي زاده: الصريحُ عند علماء الأصول ما انكشفَ المراد منه في نفسه، فيتناول الحقيقة غير المهجورة، والمجازُ المتعارف. انتهى. فالأول: أعرتُك، والثاني: أطعمتُك أرضي.

---

(١) في «حاشيته»(٣: ٣٨٥).

وأطعمتُك أرضي

أصلُ المنحِ[1] أن يعطي ناقةً أو شاةً ليشرب لبنَها، ثُمَّ تُرَدّ، فَرُوعِي فيه أصلُ الوضع، فحملَ على العارية، (وأطعمتُك(1) أرضي[2]

[1]قوله: أصل المنح...الخ؛ قال في «المصباح»(2): والمنحة - بالكسر - في الأصل الشاة أو الناقة يعطيها صاحبها رجلاً يشربُ لبنَها، ثم يردُّها إذا انقطعَ اللَّبن، هذا أصله، ثمَّ كثرَ استعمالُه على كلِّ عطاءٍ، ومنحته منحاً من بابي نفعَ وضرب: أعطيته، والاسم المَنيحة. انتهى.

وفي «الصراح»: منح وادن منحة بالكسر وهش منيحة ستور بحبهت شير الغالم كنندكسى را. قال أبو عبيدة: وللعربِ أربعةُ أسماءٍ تضعُها مواضعَ العارية: منيحة، وعرية وإقفار وأخبال. انتهى.

فلا يخفى عليك أنَّ معناه الأصل أنسب بالعارية، فالمناسبُ الحملُ عليها عند الإطلاق أيضاً، لما تقرَّر في الأصولِ من أنّه إذا لم يؤمن اللَّفظِ بشيء كان محمولاً على معناهُ الحقيقيّ، كما أشارَ إليه الشارح ﷺ بقوله: فروعي... الخ.

والمصرّح في «الهداية»(3) أن تحملَ المنحَ على تمليكِ المنافعِ تجوز عند عدمِ إرادة الهبة، وقال الزَّيْلَعِيّ(4): إذا أرادَ به الهبة أفادَ ملكَ العين، وإلا بقي على أصلِ وضعه. انتهى.

وقال في «الكافي»: إذا أضيفَ إلى ما لا ينتفعُ به مع بقاءِ عينه فهي هبة، وأن أضيفَ إلى ما ينتفعُ به مع بقاءِ عينه فهي عارية. انتهى. والله أعلم.

[2]قوله: وأطعمتك أرضي؛ قال العَيْنِيُّ في «البناية»(5): الطعامُ إذا أضيفَ إلى ما يطعمُ عينُهُ يرادُ به تمليك عينه، وإذا أضيفَ إلى ما لا يطعمُ عينه كالأرضِ يراد به أكلُ غلّتها: إطلاقٌ لاسم المحلِّ على الحال. انتهى.

---

(1) الطعامُ إذا أضيفَ إلى ما يطعمُ عينُهُ يرادُ به تمليك عينه، وإذا أضيفَ إلى ما لا يطعمُ عينه كالأرضِ يراد به أكلُ غلّتها: إطلاقٌ لاسم المحلِّ على الحال. ينظر: «البناية»(٧: ٧٧٢).

(٢) «المصباح المنير»(ص٥٨٠).

(٣) «الهداية»(٣: ٢٢٠).

(٤) في «تبيين الحقائق»(٥: ٨٤).

(٥) «البناية»(٧: ٧٧٢).

وحملتُك على دابَّة، وأخدمتُك عبدي، وداري لك سكنى، وعمري سكنى، ويرجعُ المعيرُ فيها متى شاء

وحملتُك على دابَّة[1]**، وأخدمتُك عبدي**[2]**، وداري لك سكنى**[3]): أي داري لك بطريقِ السُّكنى، فداري: مبتدأٌ، ولك: خبره، وسكنى: تمييز عن النسبة إلى المخاطَب، (**وعمري سكنى**): أي داري لك عمرى سكنى، فعمرى: مفعولٌ مطلقٌ لفعلٍ محذوفٍ تقديرُهُ أعمرتُها لك عمري، والعمري جعلُ الدارِ لأحدٍ مدَّة عمره، وسكنى تمييز.

(**ويرجعُ المعيرُ فيها متى شاء**[4]

[1]قوله: **وحملتك على دابّة**؛ قال العَيْنِيُّ في «شرح الكنز»(1): إذا لم يرد به الهبة؛ لأنَّ هذا اللفظَ يستعملُ فيهما، فإذا نوى أحدَهما صحَّت نيَّته، وإن لم يكن له نيّة حملَ على الأدنى. انتهى. فظهرَ أنّه من المشتركِ فيها، لكن إنّما أيّدَ به العارية عند التجرّد من النيّة؛ لئلا يلزمُهُ الأعلى بالشرك.

[2]قوله: **وأخدمتك عبدي**؛ لأنّه يرادُ به العارية، فإن أذنَ له في الاستخدام وكذا أجَّرتُك شهراً مجّاناً، وكذا لو لم يقلْ شهراً وجعله عاريةً أحدُ القولين، فقيل: لا يكون عارية، وظاهر «الهندية» اعتماده وقال في «البحر» نقلاً عن «الخانيّة»: فلو لم يقلْ شهراً لا يكون إعارة. انتهى.

ونقل الرَّمْلِي في «حاشية البحر» عن «إجارة» «البَزَّازيّة»: لا تنعقدُ الإجارةُ بالإجارة، حتى لو قال: أجَّرتُك منافعَها سنةً بلا عوض، تكون إجارةً فاسدة، لا عارية، فتأمَّل، والملهم بالصواب هو الله عزَّ وجل.

[3]قوله: **وداري لك سكنى**؛ لأنّ قوله: داري لك، يحتمل أن يكون له رقبتها، ويحتمل أن يكون له منفعتها، وقوله: سكنى؛ لكونه منصوباً على التمييز، ورافعاً إبهامَ مميّزه، فحكمَ في إرادةِ المنفعة، فيحملُ عليه، فقوله: سكني خرجَ مخرجَ التفسير.

[4]قوله: **ويرجع المعيرُ فيها متى شاء**؛ يعني وجازَ للمعير أن يرجعَ في العارية أيّ وقتٍ شاء، سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة؛ لقولِه ﷺ: «المنحة مردودة، والعارية

(1) «رمز الحقائق»(٢: ١٨٢).

ولا يُضَمَّنُ

ولا يُضَمَّنُ[١]

مؤدَّاة»[١]، ومن البيِّن أنَّ فيه تعميماً بعد تخصيص؛ لأنَّ المنحة عاريةٌ خاصّة، كما عرفتَ من عبارة «المصباح»[٢].

فأفادَ زيادةَ مبالغةٍ في أنَّ العاريةَ تستحقُّ الردّ، ولأنَّ المنافعَ تحدثُ شيئاً فشيئاً، وثبوتُ الملكِ بحسب حدوثها، فالرجوعُ بالنسبةِ إلى المنافع التي لم تحدثُ فيكون امتناعاً عن تمليكها، وله ولايةُ ذلك، ويستثني من ذلك ما إذا كان في رجوعِهِ ضررٌ بيِّن بالمستعير، فإنَّ الإعارةَ تبطل، وتبقى العينُ بأجر المثل.

في «فتاوى قاضي خان»: رجلٌ استعارَ من رجل أمةً لترضعَ ابناً له، فأرضعته، فلمّا صارَ الصبيُّ لا يأخذُ إلا لبنها، قال المعير: أرددُ عليّ خادمي، قال أبو يوسف ﷺ: ليس له ذلك، وله أجرُ مثلُ خادمِهِ إلى أن يفطمَ الصبيّ.

وكذا لو استعارَ من رجلٍ فرساً ليغزوَ عليه، فأعاره إيّاه أربعةَ أشهر، ثمَّ لقيه بعد شهرين في بلادِ المسلمين، فأرادَ أخذه، كان له ذلك، وإن لقيه في بلادِ الشرك في موضعٍ لا يقدر على الكراء أو الشراءِ كان للمستعير أن لا يدفعَه إليه؛ لأنَّ هذا ضررٌ بيِّن، وعلى المستعيرِ أجرُ مثل الفرسِ من الموضع الذي طلبَ صاحبُه إلى أدنى الموضع الذي يجدُ فيه كراء أو شراء. انتهى.

وقال في «الأشباه»[٣]: وفيما إذا استعارَ أرضاً للزراعةِ وزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد، ولو لم يوقّت تترك بأجر المثل.

[١]قوله: ولا يضمن بالهلاك؛ أطلقه فشملَ ما إذا هلكت في حال الاستعمال وأمّا إذا شرطَ عليه الضمان، فإنّه شرطٌ باطل كشرط عدم الضمان في الرهن إذا هلك. كذا في «المحيط».

(١) في «السنن الصغير»(٤: ٤٨٩)، و«تهذيب الآثار»(٦: ٦١)، و«سنن البيهقي الكبير»٦: ٨٨)، وغيرها.

(٢) «المصباح المنير»(ص٥٨٠).

(٣) «الأشباه والنظائر»(٣: ١٦٢).

بلا تعدٍّ إن هَلَكَت

بلا تعدٍّ[1] إن هَلَكَت) ، هذا عندنا[2]، وعند[3] الشَّافِعِيّ(١) رضي الله عنه العاريةُ مضمونة.

وفي «تبيين الكنز»: والعارية إذا شرط فيها الضمانُ تضمن عندنا في رواية، وفي «الجوهرة» جزمَ بأنَّ العاريةَ تصير مضمونةً بشرطِ الضمان، ولم يقل في رواية، وفي «البَزَّازيّة»: أعرني هذا على أنّه إن ضاعَ فأنا ضامن، وضاع لم يضمن. انتهى.

وهذا إذا لم يتبيّن أنّها مستحقةٌ للغير، فإن ظهرَ استحقاقها ضمنها، ولا رجوع له على المعير؛ لأنّه متبرّع، وللمستحقّ أن يضمّنَ المعير، وإذا ضمَّنَه لا رجوع له على المستعير، بخلاف المودع إذا ضمَّنَها للمستحقّ، حيث يرجع على المودع؛ لأنّه غافل له. كذا في «المنح»(٢)، وغيره.

[١]قوله: **بلا تعدٍّ**؛ قيَّدَ به لأنّه إذا تعدّى ضمنَ إجماعاً، كما لو كبحها باللّجام، أو دخلَ المسجد وتركَها في السكّة فهلكت، أو استعارها ليركبها فحبسَها، أو أخرجها ليسقيها في غير الجهة المعيّنة فهلكت.

وكذا لو استعارَ ثوراً ليحرث أرضه فقرنه بثورٍ أعلى منه ولم تجرِ العادة بذلك فهلك، ولو تركَه يرعى في المرجِ فضاع، إن كانت العادةُ هكذا لا ضمان، وإن لم يعلم، أو كانت العادةُ مشتركة ضمن.

ولو نامَ في المفازة ومقود الدابّة في يده فسرقت إن كان مضطجعاً ضمن، وإن كان جالساً لا يضمن، وهذا في غير السفر، أمّا في السفر لا يضمن بالنوم مطلقاً، إذا كان المستعار تحت رأسه أو موضوعاً بين يديه، أوحواليه بحيث يعدّ حافظاً عادة. كذا في «البحر»(٣).

[٢]قوله: **هذا عندنا**؛ أي عدمِ وجوبِ الضمانِ إذا هلكت العارية في يد المستعير بلا تعدٍّ منه عندنا، وبه قال مالك، والثوريّ، والأوزاعيّ رضي الله عنه، وروي عن عليّ، وابن مسعود، والحسن، والنخعيّ، والشعبيّ، وعمر بن عبد العزيز، وشريح رضي الله عنهم(٤).

[٣]قوله: **وعند الشافعي** رضي الله عنه؛ العاريةُ مضمونة، هذا القولُ ظاهرٌ في أنَّ المستعير

---

(١) ينظر: «النكت»(ص٥٧٣)، وغيرها.

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٢١٣/ب).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ٢٨١).

(٤) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٦٨).

....

....

يضمن إذا هلكت بلا تعدٍّ منه مطلقاً، وهكذا في «الهداية»[١]، وقال الزَّيْلَعِيُّ في «التبيين»[٢]: إنّه يضمن عنده إذا هلكت في غير حال الاستعمال.

وقال العَيْنِيُّ في «الرمز»[٣]: وبه قال أحمد ﷺ، وعن أحمد ﷺ: لو شرطَ الضمان يضمن، وإلا لا، وقال مالك ﷺ: ما يخفى هلاكه كالثياب والأثمانِ يضمن، وإلا لا. انتهى.

وقال الشُّمُنِّيُّ في «كمال الدراية»: وقال الشافعيّ ﷺ: إن هلكت من الاستعمالِ المعتاد لا يضمن، وإن هلكت من غيرِه يضمن، وهو قولُ ابن عبَّاسٍ وأبي هريرة وعطاء وإسحاق ﷺ. انتهى.

وللشافعيّ ما روى أبو داودَ والنَّسائيّ عن صفوان بن أميَّة ﷺ: «أنَّ النبيَّ ﷺ استعارَ منه دروعاً يوم خيبرَ فقال: أغصباً يا محمّد، قال: بل عاريةٌ مضمونة»[٤]؛ ولأنّ المستعير قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق، فكان مضموناً عليه كالمقبوض على سومِ الشراء.

بخلاف المودَع فإنّه لم يقبض الوديعةَ لنفسه بل لنفعِ مالكها، وهو الحفظ؛ ولذا لا يلزمُهُ مؤنةُ الردّ، وبخلافِ المستأجِر، فإن قبضَه عن استحقاق؛ ولذا يجبرُ المؤجِّرُ على تسليم الدار، ولا يملكُ الاسترداد حتى تمضيَ مدّة الإجارة.

وبخلاف الموصى له بخدمةِ العبد؛ فإنَّ العبدَ لا يصيرُ مضموناً عليه، وإن قبضه لنفسه؛ لأنّ قبضه مستحقّ؛ ولهذا يجبرُ الورثةَ على تسليم العبد إليه.

ولنا: ما رواه أبو داودَ والتِّرْمِذِيُّ، وقال: حديث حسن، عن أبي أمامة ﷺ قال

---

(١) «الهداية»(٣: ٢٢١).

(٢) «تبيين الحقائق»(٥: ٨٤).

(٣) «رمز الحقائق»(٢: ١٨٢).

(٤) في «سنن أبي داود»(٢: ٣١٨)، و«سنن النسائي الكبرى»(٣: ٤٠٩)، و«السنن الصغير»(٤: ٤٨٩)، و«معرفة السنن»(١٠: ١١١)، و«مسند أحمد»(٣: ٤٠٠)، وحسنه شيخنا الأرنؤوط.

ولا تؤجَّر

(ولا تؤجَّر[1]): لأنَّ الشَّيء[2] لا يستتبعُ ما فوقَه

سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «الله قد أعطى كلَّ ذي حقٍّ حقَّه، فلا وصية لوارث...» إلى أن قال: «العارية مؤدَّاة، والمنحة مردودة»(١).

ولأنَّ المستعيرَ قبض العين للانتفاعِ بها بأذن صحيح من مالكِها فلا يكون مضمونة عليه كالمستأجر؛ ولأن وجوب الضمان للجبران، وهو لا يتحقَّق إلا بتفويتِ شيءٍ على المالك جبراً، وبالإذن الصحيحِ من المالكِ ينعدم الجبر؛ ولأنَّ عقدَ العارية عقدُ تبرُّع فلا يكون فيه ضمان كالهبة.

وجوابُ التعارض أنّه ﷺ أخذَ دروعَ صفوان ﷺ بغير رضاه؛ ولذا قال: أغصباً يا محمّد؛ لأنّه ﷺ كان محتاجاً إلى السلاح، فكان الأخذ له حلالاً، ولكن بشرط الضمانِ كأخذ طعامِ الغيرِ في حال المخمصة.

وقيل: المرادُ ضمانُ الردّ، وقيل: كان هذا منه ﷺ اشتراطاً للضمان على نفسه، وعندنا المستعيرُ لا يضمن بالشرط، ولكنَّ صفوان ﷺ كان يومئذٍ حربيّاً، ويجوزَ بين المسلم والحربيِّ من الشرائطِ ما لا يجوز بين المسلمين. ذكره الشُّمُنِّيُّ(٢)، وغيره.

[1]قوله: ولا تؤجَّر؛ يعني ولا يجوز للمستعير أن يؤاجر ما استعاره.

[2]قوله: لأنَّ الشيء...الخ؛ تقريره: أن العاريةَ غيرُ لازمةٍ في الأصل، والإجارة لازمة، فلو ملكَ المستعيرُ أن يؤاجرَ العارية لوقعت إجارتُه إمّا لازمةً أو غيرَ لازمة.

فإن وقعت غير لازمة يلزمُ عدم لزومِ الإجارة، وهو خلاف موضوعها، وإن

(١) فعن أبي أمامة الباهلي ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ في خطبته عام حجة الوداع: «إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوراث الولد للفراش وللعاهر الحجر، وحسابهم على الله، ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة لا تنفق امرأة من بيت زوجها إلا بإذن زوجها قيل يا رسول الله ولا الطعام؟ قال ذلك أفضل أموالنا ثم قال: العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم» في «سنن الترمذي»(٤: ٤٣٣)، و«سنن أبي داود»(٢: ١٢٧)، و«سنن النسائي الكبرى»(٤: ١٠٧)، وغيرها.

(٢) في «كمال الدراية»(ق٤٦٩).

فإن أجَّرَها فعَطِبَت ضمَّنَه المعيرُ قيمته، ولا يرجعُ على أحد، أو المستأجِرَ، ويرجعُ على مؤجِّرِه إن لم يعلمْ أنَّه عاريةٌ معه ،(ويعارُ ما اختلفَ استعمالُهُ أو لا إن لم يعيِّنْ منتفعاً

(فإن أجَّرَها فعَطِبَت ضمَّنَه المعيرُ[1] **قيمته، ولا يرجعُ على أحد، أو المستأجِرَ)**، بالنَّصبِ عطفٌ على الضَّميرِ المنصوبِ في ضمَّنَه، **(ويرجعُ**[2] **على مؤجِّره إن لم يعلمْ أنَّه عاريةٌ معه)**، إن لم يعلمْ المستأجِرُ أنَّه عاريةٌ مع مؤجِّره، وإنَّما يرجعُ عليه للغرور بخلافِ ما إذا عَلِمَ إذ لا غرورَ من المؤجِّر.

(ويعارُ ما اختلفَ استعمالُهُ أو لا(1) **إن لم يعيِّنْ منتفعاً**

وقعت لازمةً يلزمُ لزومَ العارية، وهو خلاف موضوعها؛ وذلك لأنَّ الإجارةَ إذا لزمت تصيرُ العاريةُ لازمة؛ لعدم إمكان الاسترداد فيها، فالحاصلُ أنَّ الإعارة دون الإجارة، والشيء لا يتضمن ما فوقه.

[1]قوله: **ضمَّنه المعير**؛ أي ضمنَ المعيرُ المستعيرَ أو المستأجِّر، فالمعير مخيِّر إن شاءَ ضمَّنَ المستعير؛ لأنّه صارَ غاصباً بتعدّيه، فإنَّ العاريةَ إذا لم تتناول الإجارة كان غصباً، وإن شاءَ ضمَّنَ المستأجِّر؛ لأنّه قبضه بغير إذن المالك لنفسه.

فإن ضَمَّنَ المستعيرَ لا يرجع بما غرَّمَه على أحد؛ أي على المستأجِّر، والأولى أن يقال هكذا، إذ لا فائدةَ في التعميم؛ لأنّه ظهرَ بالضمان أنَّ المستعيرَ أجَّر ملكَ نفسِه، ويتصدّق بالأجرة؛ لأنّه صارَ بمنْزلةِ الغاصب.

والغاصبُ إذا أجَّرَ يملك الأجرة، ويتصدّق بها؛ لأنّها حصلت بسبب خبيث، وهو استعمالُ مالِ الغير، وكان سبيله التصدُّقُ خلافاً لأبي يوسف ﷺ، وقد مرَّ ذكره في «كتاب الغصب».

وإن ضمَّنَ المعيرُ المستأجِّرَ يرجعُ المستأجِّرُ على المؤجِّر إذا لم يعلم أنّه كان عاريةً في يد المستعير، دفعاً لضر الغرور عن المستأجِّر، بخلافِ ما إذا علم المستأجِّر بكونها عاريةً في يد المؤجِّر حيث لم يرجع عليه؛ لأنّه لم يوجد منه الغرور.

[2]قوله: **ويرجع...الخ**؛ يعني ويرجعُ المستأجِّرُ على مؤجِّره، وهو المستعير إن لم يعلم المستأجِّرُ أنّه عاريةٌ في يدِ المؤجِّر، ولا يرجعُ عليه إلا للغرور، بخلاف ما إذا علم

(١) أي لم يختلف استعماله. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٤٥١)،

ويعارُ ما اختلفَ استعمالُهُ أو لا إن لم يعيِّنْ منتفعاً، وما لا يختلفُ إن عيَّن، وكذا المؤجِّر

(ويعارُ ما اختلفَ استعمالُهُ أو لا إن لم يعيِّنْ منتفعاً، وما لا يختلفُ إن عيَّن): أي إن أعار[1] شيئاً ولم يعيِّنْ مَن ينتفعُ به، فللمستعيرِ أن يعيرَهُ سواءٌ اختلفَ استعمالُهُ كركوبِ الدَّابة، أو لم يختلفْ كالحملِ على الدَّابة، وإن عيَّنَ مَن ينتفعُ به، فإن لم يختلفْ استعمالُهُ يعيرُه، وإن اختلفَ لا.

(وكذا المؤجّر[2]): أي إذا أجَّر شيئاً، فإن لم يُعَيِّن مَن ينتفعُ به فللمستأجِرِ أن يعيرَهُ سواءٌ اختلف استعمالُهُ أو لا، وإن عيَّن يُعِيرُ ما لا يختلف استعمالُه لا ما اختلف، وعند الشَّافِعِيِّ ﷺ(1) ليس للمستعيرِ الإعارة

بذلك لم يرجع لعدم الغرور.

[1]قوله: **أي إن أعار**...الخ؛ اعلم أنَّ الإعارة:

١. إمّا أن تكونَ مطلقةً في الوقت والانتفاع.
٢. أو مقيّدة فيها.
٣. أو مقيّدة في حقّ الوقت ومطلقة في حتى الانتفاع.
٤. أو مطلقة في حقّ الوقت ومقيّدة في حقِ الانتفاع.

ففي الوجه الأوّل: للمستعيرِ أن ينتفعَ به في أيّ نوع شاء عملاً بالإطلاق.

وفي الوجه الثاني: ليس له أن يجاوزَ فيما سمّاه من الوقت والمنفعة، عملاً بالتقييد إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك، كما إذا استعارَ دابّةً ليحملَ عليها عشرةَ أقفزة حنطة مثلاً، فحملَ عَليها حنطة غيره، فلا ضمان عليه؛ لأنَّ حنطتَه وحنطةَ غيره في الضررِ سواء.

أو إلى خيرٍ منه، كما إذا استعارَ دابّة ليحملَ عليها عشرة أقفزة من الحنطة، فحمل عليها عشرةَ أقفزة من الشعير، فلا ضمان عليه أيضاً؛ لأنَّ من البيّن أنَّ الشعيرّ أخفُّ وزناً من الحنطة؛ لكونها أصلبُ من الشعير.

وفي الوجه الثالث والرابع: ليس له أن يتعدّى ما سمّاه من الوقت أو النوع.

[2]قوله: **وكذا المؤجَّر**؛ - بفتح الجيم -؛ أي حكمُه حكمُ المعار إن لم يعيِّن

(١) ينظر: «النكت»(ص٥٧٧)، وغيرها.

فمَن استعارَ دابّة، أو استأجَر مطلقاً يحملُ ويعيرُ له

لأنَّ العاريةَ عنده إباحةُ الانتفاع[1]، والمباحُ له لا يملكُ الإباحة، وعندنا: هي تمليكُ المنافع، فالمستعيرُ لَمَّا مَلَكَ المنافعَ كان له أن يملِّكَها غيره، (**فمَن استعارَ دابّة، أو استأجَر مطلقاً يحملُ ويعيرُ له**[2]): أي للحمل

الموجبَ المنتفعَ به، للمستأجِّر أن يعيرَه سواءً اختلفَ استعماله أو لا، وإن عيَّن لا يعير إلا ما يختلف استعماله؛ لأنَّ الإجارة تمليكُ المنافعِ كالإعارة إلا أنَّ الإجارةَ ببدل، والإعارة بلا بدل.

[1]قوله: **لأنَّ العاريةَ عنده إباحةُ الانتفاع**؛ لأنَّ المنافعَ غيرُ قابلةٍ للملك؛ لكونها معدومة، وإنّما جعلناها موجودةً في الإجارة؛ لضرورةِ دفع حاجة الناس، وقد اندفعت بالإباحة هاهنا، فلا يصار إلى التمليك.

[2]قوله: **يحمل ويعير له**؛ واختلفوا في إيداعِ المستعير، قال بعض المشايخ: ليس له أن يودعَ مطلقاً، منهم: الكرخيّ ﷺ، واستدلّوا عليه بمسألةِ ذكرها في «الجامع»: أنّ المستعيرَ إذا بعثَ العاريةَ إلى صاحبِها على يدِ أجنبيٍّ فهلكَت في يدِ الرسولِ ضَمِنَ المستعيرُ العارية، وليس ذلك إلا إيداعاً منه.

قال الباقِلاّنيّ: هذا القولُ أصحّ؛ لأنَّ الإيداع تصرُّفٌ في ملكِ الغير، وهو العين بغير إذنه قصداً، فلا يجوزُ بخلافِ الإعارة؛ لأنّه تصرُّفٌ في المنفعةِ قصداً وتسليمُ العينِ من ضروراته، فافترقا.

وأكثرهم على أنّه يجوزُ منهم: مشايخ العراق، وأبو الليث، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، والصدر الكبير برهان الأئمّة ﷺ؛ لأنَّ الإيداع دونُ الإعارة، والعينُ وديعةٌ عند المستعير في العارية، فإذا ملكَ الأعلى فالأولى أن يملكَ الأدنى، قال ظهيرُ الدّين المرغيناني: وعليه الفتوى، ذكره الزَّيْلَعِيُّ[1]، وغيره.

وجعل الفتوى على هذا في «السراجيّة» أيضاً، ومسألةُ «الجامع» محمولةٌ على ما إذا كانت العاريةُ مؤقّتةً فمضت مدَّتُها ثمّ بعثَها مع الأجنبيّ؛ لأنّه بإمساكها بعد مضيّ المدّةِ يصيرُ متعدّياً، حتى إذا هلكت في يدِه يضمن، فكذا إذا تركَها في يدِ الأجنبيّ.

---

(١) في «التبيين»(٥: ٨٧).

وَيَرْكَبُ ويُرْكِب ، وأيّاً فعلَ تعيَّن ، وضَمِنَ بغيره. وإن أطلقَ الانتفاعَ في الوقتِ والنوعِ انتفعَ ما شاء أي وقتٍ شاء ، وإن قيَّدَ بهما ضمن بالخلاف إلى شرّ فقط

(وَيَرْكَبُ ويُرْكِبُ[١] ، وأيّاً فعلَ[٢] تعيَّن ، وضَمِنَ بغيره.

وإن أطلقَ الانتفاعَ في الوقتِ والنوعِ انتفعَ ما شاء أي وقتٍ شاء ، وإن قيَّدَ[٣] بهما ضمن بالخلاف إلى شرّ فقط[٤])

[١]قوله: ويَركب ويُركب؛ يعني للمستعير أن يركبَ عليها بنفسه، وإن شاء أركبَ غيرَه، لا أنّه يركبُ غيرَه معه؛ لأنّه صرّح في «الهداية»(١) بقوله: حتى لو ركبَ بنفسه ليس له أن يُركبَ غيرَه؛ لأنّه تعيَّنَ ركوبَه، ولو أركبَ غيرَه ليس له أن يركبَه بنفسه، حتى لو فعلَه ضَمِن؛ لأنّه تعيَّن الإركاب. انتهى.

وإليه أشارَ المصنِّفُ ﷺ بقوله: وأيّاه فعل تعيَّن وضَمِنَ بغيره. انتهى. ووجه جوازِ الركوبِ والإركابِ أنَّ المعيرَ لمّا لم يعيِّنْ المنتفعَ يكون تعيَّن المنتفع مفوَّضاً إلى المستعير، فإن شاء عيَّن نفسَه وركب، وإن شاءَ عيَّنَ غيرَه وأركبَه، وأيُّهما عيَّنَه تعيَّن، كما إذا عيَّنَه المالك.

[٢]قوله: **وأيّاً فعل**؛ المستعير أو المستأجِّرُ من الحملِ أو الركوب أو الإركاب تعيَّن ذلك الفعل، فليس له أن يفعلَ غيرَه، ضمنَ كلٌّ منهما إن عطبت؛ لأنَّ ما وقعَ أوّلاً تعيّن مراداً بالعقد، وصار كأنّه منصوصٌ عليه.

[٣]قوله: **وإن قيّد بهما**...الخ؛ يعني إنَّ المعيرَ إن قيّدَ الإعارةَ بنوعٍ أو وقت ضَمِنَ المستعيرُ إذا خالفَ المقيَّدَ إذا كان خلافاً إلى شرٍّ كما إذا استعارَ دابّة ليحملَ عليها حنطةً فحمل عليها حطباً أو حديداً مثل وزنِ الحنطةِ يضمن؛ لأنَّ الأوّل يأخذُ من ظهر الدابّة أكثر، والثاني ممّا يدقُّ ظهر الدابّة فيكون أضرّ.

[٤]قوله: **فقط**؛ إنّما قيَّد بقوله: فقط احترازاً عن الخلافِ إلى خير أو مثل، فإنّه لا يضمنُ حينئذٍ، كما إذا استعارَ دابّةً ليحمل عليها مقدارَ كذا من الحنطة، فحمل عليها حنطة أخرى مثلها.

---

(١) «الهداية»(٣: ٢٢٢).

وكذا تقييدُ الإجارةِ بنوعٍ أو قدر، وردُّها إلى اصطبلِ مالكِها، أو مع عبده، أو أجيرِه مسانهة، أو مشاهرة، أو مع أجيرِ ربِّها، أو عبدِهِ يقومُ على دابَّتِهِ أو لا تسليمٌ

التقييدُ إمَّا أن يكونَ في الوقتِ دون النَّوع، أو في النَّوع دون الوقت، أو فيهما، فإن عَمِلَ على موافقةِ القيدِ فظاهر وإن خالف، فإن كان الخلافُ إلى مثل، أو إلى خيرٍ لا يضمنُ، وإلى شرٍّ يضمن، (**وكذا تقييدُ الإجارةِ بنوعٍ أو قدر**): أي إن وافق، أو خالفَ إلى مثل، أو خيرٍ لا يضمن، وإلى شرٍّ يضمن.

(**وردُّها إلى اصطبلِ**[1] **مالكِها، أو مع عبده، أو أجيرِه مسانهة، أو مشاهرة، أو مع أجيرِ ربِّها، أو عبدِهِ يقومُ على دابَّتِهِ أو لا تسليمٌ**): أي ردَّ الدابَّةِ إلى اصطبلِ مالكها، فهَلَكَتْ قبل الوصول إلى المالك لا يضمن[2]؛ لأنَّ هذا تسليم، وكذا إن أرسلَها المستعيرُ مع عبدِهِ إلى المَالك، فهلكَتْ قبل الوصول إليه، وكذا إن أرسلَها مع أجيرِه مسانهة، أو مشاهرة بخلاف أجيرِه مياومة؛ إذ ليس في عياله، فيضمنُ بالتَّسليم إليه

وكما إذا استعارَها ليحملَ عليها عشرة أقفزة من الحنطةِ فحملَ عليها عشرة أقفزة من الشعير، فإنّه لا يضمنُ استحساناً؛ لأنَّ مثلَ كيل الحنطة من الشعير أخفُّ على الدابّة كما ذكرنا سابقاً، وإن كان القياس الضمان؛ لأنه خالف في الجنس.

[١]قوله: **وردّها إلى اصطبل**...الخ؛ حاصله: إنَّ تسليمَ الدابّةِ إلى مالكِها وجوهاً: أحدُها: أن يردَّها إلى اصطبلِ مالكها، وهو موضعُ الدوابّ، فإنّه تسليمٌ على ما هو المتعارف.

وثانيهما: أن يردّها على يدِ بعضٍ من في عياله سواء كان عبده أو أجيره مسانهةً أو مشاهرة فإنّها أمانة، فله أن يحفظَها بيد من في عيالة، كما في الوديعة، بخلافِ أجيرِ مياومة، فإنّه ليس في عيالة فلو ردّها على يده ضمن.

وثالثُها: أن يردَّها على يدِ مَن في عيال مالك الدابة وهو المعير، سواء كان أجيره أو عبده.

[٢]قوله: **لا يضمن**؛ وهذا استحسان، وفي القياس: يضمن؛ لأنّه لم يتحقّق ردُّها إلى مالكها، بل ضيَّعها، ووجه الاستحسان ما أشار إليه الشارح ﷺ بقوله: لأنّ

كردِّ مستعارٍ غيرِ نفيسٍ إلى دارِ مالكِه، بخلاف ردِّ الوديعةِ والمغصوبِ إلى دارِ مالكِهما

وكذا إن سلَّمَها[1] إلى أجيرِ المالك، أو عبدِهِ سواءٌ يقومُ على الدَّواب أو لا، فهلكت قبل الوصولِ إلى المالك لا يضمن[2]، وهو الأصح[3]، وقيل: يضمنُ بالتَّسليم إلى عبدِه الذي لا يقومُ على الدَّواب، فدلَّتْ المسألةُ على أنَّ المستعيرَ لا يَمْلِكُ الايداع.

(كردِّ مستعارٍ غير نفيس[4] إلى دار مالكِه)، فإنّ هذا تسليمٌ بخلافِ المستعارِ النَّفيسِ كالجواهرِ حيث لا يردُّ إلا إلى المعير، (**بخلاف ردِّ الوديعةِ[5] والمغصوبِ إلى دارِ مالكِهما**)، فإنّ هذا لا يكونُ تسليماً، بل لا بُدَّ من الرَّدِّ إلى المالك[6].

هذا التسليم، وتقريره: إنّه تسليمٌ على ما هو المتعارف؛ لأنَّ ردّ العواري إلى دارِ المالك معتاد، كما أنَّ آلات البيوت تعار ثم تردُّ إلى الدار.

[1]قوله: **وكذا إن سلمها إلى أجير المالك**...الخ؛ يعني وكذا لا يضمن في هذه الصورة؛ لأنَّ هذا تسليم، فإنَّ العارية أمانة، فله أن يحفظها بيد مَن في عياله، كما في الوديعة كما ذكرنا.

[2]قوله: **لا يضمن**؛ لأنَّ المالكَ يرضى به، ألا ترى أنّه لو ردَّه المستعيرُ إلى المالك فهو يردُّه إلى عبده.

[3]قوله: **وهو الأصح**؛ لأنّه إن كان لا يدفع إليه دائماً يدفعُ إليه أحياناً، فرضاء المالك يكون موجوداً دلالة.

[4]قوله: **غير نفيس**؛ قيَّدَ بغيرِ النفيس؛ لأنَّ النفيس كالجوهر لا يسلَّمُ في العادة إلاَّ إلى يدِ مالكه، والمرادُ بغيرِ النفيسِ ما لا يكون كثيرِ القيمة، كالكوزِ ونحوه.

[5]قوله: **بخلافِ ردّ الوديعة**...الخ؛ يعني بخلاف ما إذا ردَّ المودعُ الوديعةَ إلى دار مالكها، والغاصب المغصوب إلى دار مالكه، فهو ليس بتسليمٍ شرعاً.

[6]قوله: **بل لا بدَّ من الردّ إلى المالك**؛ فإنَّ الوديعةَ لا تكون إلا للحفظ، ولم يرضَ المالكُ بحفظ غيره ذلك المودَع، إذ لو رضي به لَمَا أودعَها عنده، والغاصبُ متعدٍ بإثباتِ يده في ذلك المغصوب، فلا تكون إزالتها إلا بالتسيلم إليه حقيقة.

وعاريةُ النَّقدين، والمكيل، والموزون، والمعدود قرض

(وعاريةُ النَّقدين، والمكيلِ، والموزون، والمعدود قرض)؛ لأنَّهُ لا ينتفعُ[١] بهذه الأشياءِ إلا بالاستهلاكِ إلاّ إذا عيَّنَ[٢] الانتفاعَ كاستعارةِ الدَّراهم ليعيِّرَ[٣] بها الميزان، أو يُزيِّنَ[٤] الدُّكان[٥]

[١]قوله: لأنّه لا ينتفع...الخ؛ تقريره: إنَّ الإعارةَ تمليكُ المنافعِ عندنا، كما تقرَّرَ فيما تقدَّم، ولا ينتفعُ بالنقدينِ والمكيل والموزون غالباً، إلا باستهلاكِ أعيانِها، فيقتضي تمليكُ العينِ ضرورة؛ وذلك بالهبةِ أو القرض.

والقرضُ أدناهما لكونه متيقَّناً به، أو لأنّه أدناهما ضرراً؛ لأنّه أقلُّ ضرراً على المعطي؛ لأنّه يوجب ردَّ المثل، بخلافِ الهبة، وما هو أقلُّ ضرراً فهو الثابت يقيناً فيثبت.

[٢]قوله: إلا إذا عيَّن...الخ؛ استثناءٌ من قوله: قرض، يعني أنَّ كون هذه الأشياء قرضاً إذا أطلقَ المعيرُ الإعارة، أمّا إذا عيَّنَ فيها الانتفاعَ كما إذا استعارَ المستعيرُ الدراهم ليعيرَ بها ميزاناً، أو يزين بها دكّاناً لم تكن قرضاً، ولا يكون للمستعيرِ إلا المنفعة المعيَّنة، كما إذا استعارَ آنيةً يتجمَّل بها أو سيفاً محلّى يتقلَّدها، فالانتفاعُ هاهنا ليس إلا للتجمُّل أو التقلُّد، فكذا هذا.

[٣]قوله: يعير الميزان؛ قال في «المصباح»(١): عيَّرت الدنانيرَ تعييراً: امتحنتُها لمعرفةِ أوزانها، وعايرتُ المكيالَ والميزان معايرةً وعياراً: امتحنتُهُ بغيره لمعرفةِ صحّته. انتهى. وقال في «الصراح»: معايرة: رست كردن ترازووبيمانه.انتهى. فالصوابُ أن يقال: ليعاير الميزان.

[٤]قوله: أو يزيِّن الدكّان؛ بأن استعارَ دراهم كثيرةً فوضعها على الدكّان حتى يظنَّ الناسَ غناه فيعاملوا معه.

[٥]قوله: الدكان؛ معرَّبٌ، ويطلقُ على الحانوت، وعلى الدَّكّة التي يقعد عليها، وأما وزنُهُ قال السَّرَقُسْطي: النونُ زائدةٌ عند سيبويه، وكذلك قال الأَخْفَش، وهي مأخوذةٌ من قولهم: أَكَمَةٌ دَكَّاءُ؛ أي منبسطة، وهذا كما اشتقَّ السلطانُ من السلطنة.

(١) «المصباح المنير»(ص٤٣٩).

وصحَّ إعارةِ الأرضِ للبناءِ والغرسِ، وله أن يرجعَ عنها ويكلِّفَ قلعَهما

وفائدةُ كونِها قرضاً أنَّها لو هَلَكَتْ في يدِ المستعيرِ قبل الانتفاعِ تكونُ مضمونة[1].

(**وصحَّ**[2] **إعارةِ الأرضِ للبناءِ والغرسِ**[3]**، ولَه أن يرجعَ**[4] **عنها ويكلِّفَ**[5] **قلعَهما**

وقال ابن القَطَّاعِ وجماعة: هي أصليّة مأخوذةٌ من دكنتُ المتاع: إذا نَضَدْتُهُ وَوَزْنُهُ على الزيادةِ فُعْلانٌ، وعلى الأصالة فُعَّال، حكى القولين الأَزْهَرِيُّ وغيرُه، فإن جعلتَ الدُّكَّان بمعنى الحانوت فقد تقدم فيه التذكير والتأنيث، ووقعَ في كلامِ الغَزاليّ: حانوت أو دُكَّان، فاعترض بعضُهم عليه.

وقال: الصوابُ حذفُ أحد اللفظين، فإنَّ الحانوتَ هي الدُّكَّان، ولا وجه لهذا الاعتراض كما تقدَّم أنَّ الدُّكَّانَ يطلقُ على الحانوتِ والدَّكَّة، كما في «المصباح المنير»(١)، وقال في «الصراح»: دكان فارسي معرّب، وهو فعلان لأفعال، بدليل قولهم: الدَّكَّة في معناه دكاكين ج. انتهى.

[١]قوله: **تكون مضمونة**؛ أي يجبُ ضمانُها على الآخذ الهالك، ولو كانت عاريةً لم تضمن؛ لأنَّ الأمانةَ غيرُ مضمونة.

[٢]قوله: **وصحّ**...الخ؛ لأنَّ كلاً من البناء والغرس منفعةٌ معلومةٌ تملك بالإجارة، فتملك بالإعارة، بل أدنى لكونها تبرُّعاً.

[٣]قوله: **والغرس**: نشابذان درخت. كذا في «الصراح». غرست الشجرة غرساً من باب ضرب، فالشجرُ مغروسٌ، ويطلق عليه أيضاً: غرس وغِراس بالكسر، فِعال بمعنى مفعول، مثل كتاب وبساط ومهاد بمعنى مكتوب ومبسوط ومَهْمُود. كذا في «المصباح»(٢).

[٤]قوله: **وله أن يرجعَ عنها**؛ أي وجازَ للمعيرِ أن يرجعَ عن العارية بعد أن بنى المستعيرُ أو غرسَ متى شاء؛ لأنَّ عقدَ الإعارةِ غير لازم.

[٥]قوله: **ويكلِّف**؛ أي ويكلِّفُ المعيرُ المستعيرَ بقلعِ البناء والغرس؛ لأنّه شغل أرض المعير بهما، فيؤمرُ بالتفريغ إلا إذا شاء أن يأخذَهما بقيمتهما، فيما إذا كانت الأرضُ تستضرّ بالقلع، بخلاف ما إذا كانت لا تستضرّ بالقلع، حيث لا يجوزُ الترك إلا

(١) «المصباح المنير»(ص١٩٨).

(٢) «المصباح المنير»(ص٤٤٥).

ولا يضمن إن أطلق، وضَمِنَ ما نَقَصَ بالقلعِ إن وقّت

ولا يضمن[1] **إن أطلق)**: أي لا يَضْمَنُ المعيرُ ما نَقَصَ من البناءِ والغرسِ بالقلع، إن كانت الإعارةُ مطلقةً: أي غيرُ مؤقّتة.

(وضَمِنَ ما نَقَصَ بالقلعِ[2] **إن وقّت)**: أي وقّتَ الإعارة، ورجعَ عنها قبل ذلك الوقت

باتّفاقهما، صرَّح به العَيْنِيُّ(١)، والزَّيْلَعِيُّ ﷺ(٢)، وغيرهما.

[١]قوله: **ولا يضمن**...الخ؛ وقال مالك ﷺ: يلزمه ضمانُ قيمتها، ويتركان في أرضه؛ لأنّه صار مغروراً من جهته، فيلزمه الضمانُ كما إذا وقتَ للعاريةِ وقتاً، فرجع قبل الوقت.

قلنا: العاريةُ غيرُ لازمة، فيكون له الرُّجوعُ في كلِّ وقت، فلم يكن غارّاً له بالإطلاق، وإنَّما هو اغترَّ بنفسِه، بخلافِ ما إذا كانت مؤقّتة فرجعَ قبل الوقت؛ لأنّه يصيرُ غارّاً له بذلك، حيث نصَّ على تركِها في يدِه إلى الوقتِ المذكور.

وهذا لأنَّ ظاهرَ حالِ المسلم أن يفيَ بالوعد فيكون مغروراً من جهته، وكان له أن يرجعَ عليه دفعاً للضرر عن نفسه بسببه. كذا في «التبيين»(٣)، وغيره.

[٢]قوله: **وضمن ما نقص بالقلع**؛ أي وضمنَ المعيرُ للمستعير ما نقصَ من البناء والغرس بالقلعِ، بأن يقوّمَ قائماً غير مقلوعُ يعني إذا كانت قيمةُ البناء إلى الوقتِ المضروبِ عشرةَ دنانير مثلاً.

وإذا قلعَ في الحال يكون قيمة النقصِ دينارين، يرجع المستعير على المعير بثمانيةِ دينار، وهذا ما ذكره القُدُوريّ ﷺ في «مختصره»(٤)، واختاره صاحبُ «الكنز»(٥)، و«الهداية»(٦)، وغيره.

---

(١) في «رمز الحقائق»(٢: ١٨٣).

(٢) في «التبيين»(٥: ٨٨).

(٣) «تبيين الحقائق»(٥: ٨٨).

(٤) «مختصر القدوري»(ص٦٣).

(٥) «كنز الدقائق»(ص١٤٢).

(٦) «الهداية»(٣: ٢٢٢).

وكُرِهَ الرجوعُ قبلَه ، ولو أعارَ للزَّرعِ لا يُؤخَذُ حتى يُحْصَدَ وَقَّتَ أو لا

وإنَّما يضمنُ[1] للغرور، وفي صورةِ الإطلاق ما غرَّه، بل اغترَّ المستعير، واعتمد على الإطلاق، (**وكُرِهَ الرجوعُ قبلَه**): أي قبل الوقت؛ لأنَّ فيه خلفَ الوَعْد.

(**ولو أعارَ للزَّرعِ لا يُؤخَذُ**[2] **حتى يُحْصَدَ وَقَّتَ أو لا**)

وقال في «الهداية»(1): وذكرَ الحاكم الشهيد ﷺ: إنَّه يضمنُ ربُّ الأرض للمستعير قيمةَ غرسه وبنائه، ويكون له إلا أن يشاءَ المستعير أن يرفعَهما، ولا يضمِّنه قيمتُهما، فيكون له ذلك؛ لأنَّه ملكه. انتهى.

وحاصله: أنَّ المستعيرَ في هذه الصورة بالخيار، إن شاءَ ضَمَّنَ صاحبَ الأرضِ قيمةَ غرسِهِ وبنائه قائماً مبيناً، وتركَ ذلك عليه، ويملكها بأداءِ الضمان، وإن شاءَ أخذ غرسه وبناءه، ولا شيءَ على صاحب الأرض، وقيل: أن ضَرَّ يخيِّر المعير بين ضمانَ ما نقص، وضمانَ القيمة.

وقال في «الهداية»(2): قالوا: إذا كان في القلع ضررٌ بالأرضِ فالخيارُ إلى ربِّ الأرض؛ لأنَّه صاحب الأصل والمستعيرُ صاحب تبع، والترجيحُ للأصل. انتهى.

[1]قوله: **إنما يضمن**...الخ؛ وقال زفر ﷺ: لا يضمن؛ لأنَّ التوقيت والإطلاقَ في العارية سواء لبطلان التأجيلِ في العواري.

ولنا: ما ذكره الشارح ﷺ بقوله: وإنَّما يضمنُ للغرور، وحاصله: أنَّ المعيرَ بالتوقيت غارٌّ للمستعير؛ لأنَّه نصَّ على تركِ الأرضِ في يده، وإقرار بنائه أو غرسه في المدَّة التي سمَّاها.

وللمغرور أن يدفعَ الضررَ عن نفسه بالرجوعِ على الغارّ، بخلافِ صورةِ الإطلاق؛ لأنَّ المعيرَ ما غرَّه بل المستعير قد اغترّ؛ لاعتماده على الإطلاق، فالضررُ لزمه من عند نفسه، لا من عند المعير.

[2]قوله: **لا يؤخذ**؛ أي المستعارُ استحساناً؛ لأنَّ الإضرارَ بالمؤمنِ حرام، فيترك في يدِهِ بطريق الإجارةِ بأجرِ المثل، حتى يحصدَ الزرع كيلا تفوت منفعةُ أرضه مجاناً.

---

(1) «الهداية»(3: 222).

(2) «الهداية»(3: 222).

وأجرةُ ردِّ المستعار والمستأجَر والمغصوب على المستعيرِ والمؤجِّرِ والغاصب، ويكتبُ المعارُ قد أطعمتني أرضك لا أعرتني إذا أعيرت للزِّراعة

لأنَّ للزَّرْعِ[١] نهايةً معلومة، ففي التَّركِ مراعاةُ الحقَّيْن بخلافِ الغرسِ إذ ليس لهم نهايةٌ معلومة.

(**وأجرةُ ردِّ المستعار والمستأجَر والمغصوب على المستعيرِ والمؤجِّرِ والغاصب**)؛ لأنَّ[٢] الرَّدَّ واجبٌ على المستعيرِ والغاصبِ عند طلبِ المالك، وأمَّا على المستأجِرِ التَّمكينُ والتَّخليةُ دون الرَّدّ، فإنَّ منفعةَ القبضِ للمؤجِّر، فتكونُ مؤنةُ الرَّدِّ عليه لا على المستأجِر.

(**ويكتبُ المعارُ قد أطعمتني أرضك لا أعرتني إذا أعيرت للزِّراعة**)، إذا أعيرت الأرضُ للزِّراعة، فأرادَ المستعيرُ أن يكتبَ كتاباً فعند أبي حنيفة ﷺ يُكْتَبُ لفظُ الإطعام؛ لأنه أدلُّ[٣] على الزِّراعة، فإنّ إعارةَ الأرض، قد يكونُ للبناء والغرس

[١]قوله: **لأنَّ للزرع**؛ يعني لأنَّ للزرع نهايةٌ معلومة، فتركُ الأرضِ إلى هذه المدّة مراعاةٌ للحقَّين، كما في الإجارة، إذا انقضت المدَّةُ والزرعُ لم يدرك، بخلافِ الغرسِ والبناء؛ لأنّه ليس له حدٌّ معلوم، فيكونُ الضررُ من الجانبين ضررُ إبطال حقّ، فيترجّح جانب الأصل.

[٢]قوله: **لأنّ...**الخ؛ يعني لأنَّ ردَّ المستعار واجبٌ على المستعير؛ لأنّه قبضَ العاريةَ لمنفعةِ نفسه، فتكون أجرةُ الردِّ عليه، وردُّ المغصوبِ إلى مالكه واجبٌ على الغاصب، فيكونِ عليه مؤنة ردّه.

وأمّا أجرةُ ردِّ المستأجَّر - بفتح الجيم - على المؤجِّر، فلأنَّ المستأجِّر - بكسر الجيم - قبضه لمنفعةِ المؤجِّر؛ لأنَّ الأجرَ سلّم له، فلا يكون ردّه واجباً عليه، بل على المؤجِّر، فتكون مؤنة ردِّه عليه.

[٣]قوله: **لأنّه أدلّ...**الخ؛ تقريره: إنَّ لفظَ الإطعامِ أدلّ على الزراعة من الإعارة؛ لكونِهِ مختصّاً بالزراعة، والإعارةُ قد تكونُ للزراعةِ وقد تكون للبناء ونحوه، كنصبِ الخيمة، فتكونُ الكتابة باللّفظ المخصوص بالمراد أولى، بخلافِ الدّار؛ لأنّها لا تعارُ إلا للسُّكنى، والغرضُ يصيرُ معلوماً بقوله: أعرتني.

....

وعندهما يكتبُ لفظة الإعارة[1].

---

[1] قوله: **وعندهما يكتب لفظ الإعارة**؛ فإنّ لفظَ الإعارة موضوعٌ لعقد الإعارة، والكتابةُ بالموضوع أولى كما في إعارةِ الدار، حيث لا يكتبُ السكنى.

كتاب الهبة[1]

[1]قوله: **كتاب الهبة**؛ وجه المناسبة بينها وبين ما قبلها ظاهر؛ لأنَّ ما قبلها تمليكُ المنفعة بلا عوض، وهي تمليكُ العين بلا عوض؛ ولأنَّ العاريةَ كالمفرد، والهبة كالمركب؛ لأنَّ فيها تمليك العينِ مع المنفعة، والمفردُ مقدَّم على المركّب طبعاً، والهبة بالكسر: بخشيدن. كذا في «الصراح».

يقال: وهبتُ لزيدٍ ما لا أهبه له هبةً: أعطيتُه بلا عوض، يتعدَّى إلى المفعول باللاّم، في التَّنزيل: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثٗا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴿٤٩﴾﴾[1]، ووهَباً - بفتح الهاء وسكونها - وموهِباً وموهِبةً بكسرهما.

قال ابنُ القوطية والسَّرَقُسْطي والمُطَرِّزيُّ وجماعة: ولا يتعدّى إلى الأوّل بنفسه، ولا يقال: وهبتك مالاً، والفقهاء يقولونه، وقد يُجْعل له وجه، وهو أن تضمنَ وهب معنى أعطى، فيتعدّى بنفسه إلى مفعولين.

ومن كلامهم: وهبني اللهُ جَلَّ جَلَالُهُ فلا؛ أي جعلني، لكن لم يسمعُ في كلامٍ فصيح، وزيدٌ موهوبٌ له، والمال موهوب، واتَّهبتُ الهبةَ قبِلتها، واستوهَبْتُها سألتها، وتواهبوا: وهبَ بعضهم لبعض. كذا في «المصباح»[2].

وقال في «النهاية»: إنّها في اللغة: عبارةٌ عن إيصالِ الشيءِ إلى الغيرِ بما ينفعه، قال الله جَلَّ جَلَالُهُ: ﴿فَهَبۡ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيّٗا ﴿٥﴾﴾[3]. انتهى. أي سواء كان مالاً أو غيره، وقال القُهُسْتَانِيُّ رضي الله عنه[4]: ويتعدَّى إمّا باللامَ نحو: وهبتُه له، وحكى أبو عمرو رضي الله عنه: وهبتك، كما في «القاموس»[5].

وقالوا: بحذفِ اللام منه، وأمّا بمن نحو: وهبتُهُ منك على ما جاءَ به من أحاديثٍ كثيرةٍ في «الصحيح». كما في «دقائق النَّوَوِيِّ»، فظنَّ من المُطَرِّزيِّ أنه خطأٌ، ومن

(١) الشورى: ٤٩.

(٢) «المصباح المنير»(٢: ١٠٤٦).

(٣) مريم: ٥.

(٤) في «جامع الرموز»(٢: ٥٩).

(٥) «القاموس»(١: ١٤٣).

....

....

التَّفْتَازَانِيُّ أنّه عبارةُ الفقهاء. انتهى.

وفي الشريعة: ما ذكره المصنّف ﷺ بقوله: وهي تمليك... الخ.

وهي عقدٌ مشروع، ودليل مشروعيَّتها: قوله ﷻ: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ۝٤﴾[1]: أي فإن طابت أنفسهنّ لكم عن شيءٍ من الصداق فهو هبةٌ لكم، فكلوه هنيئاً طيباً مريئاً محمودَ العاقبةِ لا ضررَ فيه عليكم في الآخرة، نزلَ ردّاً على مَن كره ذلك، كما ذكره المفسِّرون، فالله ﷻ أباحَ الأكلَ بالوصفِ الحميد.

وما رواهُ البُخاريّ ﷺ في «صحيحه» من حديث أبي هريرةَ ﷺ إنَّ النبيَّ ﷺ قال: «لو دعيتُ إلى ذراع أو كراع لأجبت، ولو أهدي إليّ ذراع أو كراع لقبلت»[2].

وما روى مالك ﷺ في «الموطأ» مرسلاً عن عطاء به عبد الله ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «تصافحوا يذهبُ الغل، وتهادوا تحابوا، يذهب الشحناء»[3].

وعلى تلك المشروعيّة انعقد الإجماع، وكيف لا؟ وهي من صفاتِ الكمال، فإنَّ الله تعالى وصفَ بها نفسه بقوله ﷻ: ﴿أَمْ عِندَهُمْ خَزَآئِنُ رَحْمَةِ رَبِّكَ الْعَزِيزِ الْوَهَّابِ ۝٩﴾[4].

والبشر إذا باشرَها فقد اكتسبَ من أشرفِ الصفات لما فيها من استعمالِ الكرمِ وإزالة الخسّ وشحِّ النفس، وإدخالُ السرور في قلب الموهوبِ له، وإيراثُ المودّة والمحبّة، وقال ﷻ: ﴿وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ۝١٦﴾[5]، فهي مندوبة، وقبولها سنّة إلا لعارض، كما إذا علمَ أنّه مالُ حرام، أو أنّه يمتّن عليه بما أهداه إليه.

وسببها: إرادةُ الخيرِ للواهب، دنيوي كعوضٍ محبّة وحسن ثناء، وأخروي وهو الثواب، ذكر في «النهاية»: قال الإمام أبو منصور ﷺ: يجبُ على المؤمنِ أن يُعَلِّمَ ولدَه

---

(١) النساء: ٤.

(٢) في «صحيح البخاري»(٢: ٩٠٨)، وغيرها.

(٣) «الموطأ»(٢: ٩٠٨)، و«سنن البيهقي الكبير»(٦: ١٦٩)، وغيرها.

(٤) ص: ٩.

(٥) الحشر: ٩.

هي تمليكُ عينٍ بلا عوضٍ

(هي تمليكُ عينٍ بلا عوض[1]

الجودَ والإحسان، كما يجبُ عليه أن يُعَلِّمَه التوحيدَ والإيمان؛ إذ حبُّ الدينار رأسُ كلٌّ خطيئة. انتهى.

وشرائطُ صحّتها في الواهب: العقلُ، والبلوغُ، والملكُ، فلا تصحُّ هبةُ المجنونِ والصغير والعبد، ولو مكاتَباً، أو أمَّ ولد، أو مُدبَّراً، أو مُبْعَضاً، وغير المالك.

وشرائطُ صحَّتها في الموهوب: أن يكونَ مقبوضاً غير مشاع، مميّزاً غير مشغول، كما سيأتيك تفصيلُهُ إن شاءَ الله تعالى.

وركنها: الإيجابُ والقبول، وسيأتيك تحقيقُهُ إن شاءَ الله تعالى.

وحكمها: ثبوتُ الملكِ في العينِ الموهوبةِ غيرُ لازم، حتى يصحَّ الرجوعُ والفسخ، وعدمُ صحَّةِ خيارِ الشرط فيها، وإنّها لا تبطل بالشروط الفاسدة.

[1]قوله: **هي تمليك عين بلا عوض**؛ فالتمليكُ إشارة إلى أنَّ الهبة لا تصحُّ إلاَّ ممّن يقعُ عنه التمليك، وهو الحرُّ العاقلُ البالغُ المالك، فلا تصحُّ من القِنِّ والمكاتبِ والمدبَّر وأمِّ الولد والمجنون والصغير وغيرِ المالك، والمرادُ بالعين: عين المال لا العين المطلق بقرينة التمليك المضاف إليه؛ لأنَّ العينَ الذي ليس بمالٍ لا يفيدُ الملك.

فبقوله: تمليك؛ خرجَ الوديعة، فإنّها أمانةٌ تركتُ للحفظ، فلا يملكها المودَع.

وبقوله: عين؛ خرجَت الإجارةُ والإعارةِ لكونها تمليك منفعة.

وبقوله: بلا عوض، خرجَ البيع؛ لكونها تمليكُ عينٍ بعوض.

ويردُ على هذا التعريف أنّه صادقٌ على الوصية؛ لأنّها أيضاً تمليكُ عينٍ بلا عوض، وإن كان بعد الموت، وعلى الصدقة، ولا يصدقُ على الهبةِ بعوض، فينتقضُ طرداً وعكساً، فاحتيجَ إلى تكلُّف، وهو أنَّ المرادَ بالتمليكِ هو التمليكُ حالاً بقرينةِ أنَّ قولَ الواهب: وهبتُ؛ لإنشاء الهبةِ حالاً، كبعت.

وأنَّ المرادَ بقوله: بلا عوض، بلا شرطِ عوض، لا أنَّ عدمَ العوضِ شرطٌ فيه؛ لينتقضَ التعريف بالهبةِ بشرطِ العوض، لكنَّ الأولى أن يقال: هذا التعريفُ للهبةِ المطلقةِ لا لمطلقِ الهبة، فلا حاجةَ إلى اعتبارِ المرادِ المذكور، فإنَّ فيه حذفُ ما ليسَ له قرينة صريحة، ولإخراجِ الصدقة.

وتصحُّ بوهبت، ونحلت، وأعطيتُك

وتصحُّ بوهبت[1]، ونحلت، وأعطيتُك

قال البِرْجَنْدِيُّ: ويمكنُ أن يقال: هي خارجة، بقوله: بلا عوض، إذ عوضُ المتصدِّق هو الثوابُ غالباً، وهو عوض. انتهى.

أقول: فيه ما فيه؛ فإنَّ سببَ الهبةِ هو إرادةُ الخيرِ للواهب، سواءً كان دنيويّاً كحسنِ ثناءٍ مثلاً، أو أخرويّاً وهو الثواب كما عرفتَ سابقاً، نعم يمكنُ الرجوعُ إلى القولِ بالتغايرِ الاعتباريّ، وبقيَ هاهنا إشكالٌ قويّ، وهو أنّ هبةَ الطاعاتِ هبةٌ صحيحة عند أهلِ السنّة. كما صرّحوا به، ولا يصدقُ عليه تمليكُ عين، فتدبّر.

[1]قوله: **وتصح بوهبت**... الخ؛ إنّما تصحُّ الهبةُ بقوله: وهبت؛ لأنّه صريحٌ فيه، وبقوله: نحلت؛ لأنّه مستعملٌ فيه مجازاً، وكذا بقوله: أعطيتك، فإنّه أيضاً مستعملٌ في الهبةِ مجازاً، يقال: أعطاك الله، ووهبك الله بمعنى واحد.

وبقوله: أطعمتُك هذا الطعام لِمَا ذكرَه الشارح ﷺ، فإنّ الإطعامَ... الخ، ولعلَّ في إطلاقِ قوله: وتصحُّ بوهبت... الخ؛ إشارةٌ إلى أنَّ الهبةَ تصحُّ وتقعُ بهذه الأقوال وإن صدرت هذه الأقوالُ عن القائلِ مزاحاً. نقله في «البحر»(1) عن «الخلاصة».

وقال المَقْدسيُّ: الذي في «الخلاصة»: إنّه طلبَ الهبةَ مزاحاً لا جدّاً فوهبه جدّاً وسَلَّم صحّت الهبة؛ لأنَّ الواهبَ غيرُ مازح، وقد قبلَ الموهوبُ له قبولاً صحيحاً. انتهى. وما نقله صاحب «التنوير» عن «الخزانة» مستدلاً به على ما في «متنِه»(2) لا يفيده.

فإنّه نحو ما في «الخلاصة»، وعبارتها: لو قال هبني هذا الشيء على وجهِ المزاح، فقال: وهب وسَلَّمَ جاز. انتهى. وكذا ما في «القُهُسْتَانِيّ»(3) لا يفيده، ونصُّه: ويدخلُ فيه ما يكونُ على وجهِ المزاح، فلو قال: هبْ لي كذا، فقال: وهبت، وقال الآخر: قبلتُ وسَلَّم إليه جاز. انتهى.

فالحاصلُ أنَّ التسليمَ ينافي المزاح، وهو معتبرٌ في تمامِ الهبة، فالتسليمُ قرينةٌ على أنَّ الهبةَ صدرت من الواهبِ جدّاً لا مزاحاً، وعن ابنِ المباركِ ﷺ: أنّه مرَّ على قومٍ

---

(1) «البحر الرائق»(٧: ٢٨٤).

(2) «تنوير الأبصار»(ص١٨٣).

(3) أي القهستاني في «جامع الرموز»(٢: ٥٩).

وأطعمتُك هذا الطعام

وأطعمتُك هذا الطعام)

يضربونَ بالطنبور، فقال لهم: هبوا هذا منّي فدفعوه إليه، فضربَ به الأرض فكسره، فقالوا: يا شيخ خدعتنا. انتهى.

قال في «المنح»[1]: وذكر هذه الواقعة في «الخانية»: ثمّ قال: وإنّما قال لهم ذلك احترازاً من قول أبي حنيفةَ ﷺ، فإنَّ عنده كسرَ الملاهي يوجبُ الضمان، وهذا دليلٌ على جوازِ هبةِ المازح. انتهى.

وفي قوله: وتصحُّ بوهبت؛ دلالةً على أنَّ القبولَ ليس بركنٍ. كما أشارَ إليه في «الخلاصة» وغيرها، وذكرَ في الكِرْمَانِيّ: أن الإيجابَ في الهبةِ عقدٌ تامّ، وفي «المبسوط»: إنَّ القبضَ كالقبولِ في البيع؛ ولذا لو وهبَ الدَّينَ من الغريمِ لم يفتقر إلى القبول. كما في «الكبرى».

لكن في «الكافي» و«التحفة»: إنّه ركن، وذكرَ في «الكِرْمَانِيّ»: إنّها تفتقرُ إلى الإيجاب؛ لأنَّ ملكَ الإنسانَ لم ينتقلْ إلى الغيرِ بدونِ تمليكه وإلى القبول؛ لأنّه إلزامُ الملكِ على الغير، وإنّما يحنثُ إذا حلفَ أن لا يهبَ فوهب، ولم يقبل؛ لأنَّ الغرضَ عدمُ إظهارِ الجود، وقد وجدَ الإظهار. ذكره القُهُسْتَانِيُّ في «شرح النقاية»[2].

والحاصلُ: إنّهم بعدما اتَّفقوا على ركنيّة الإيجابِ اختلفوا في ركنيّة القبول، فقال صاحب «التحفة»: إنّ ركنها الإيجابُ والقبول، واختارَه القُدُورِيُّ[3]، وصاحب «الهداية»[4]، و«الكافي» حيث قال: تصحُّ بالإيجابِ والقبول. انتهى.

ووجهه: إنَّ الهبةَ عقدٌ، وكلُّ عقدٍ ينعقدُ بالإيجابِ والقبول، وفيه: إنّ الكبرى ممنوعة؛ لأنَّ عقدَ التبرُّعِ يتمُّ بمجرَّدِ الإيجابِ ولا يفتقرُ إلى القبول، كالصَّدقة. كما صرَّح به في «الهداية»[5]، وغيرها، فكذلك الهبة أيضاً.

---

(١) «منح الغفار»(ق٢: ٢١٧/ب).

(٢) «جامع الرموز»(٢: ٦٠).

(٣) في «مختصره»(ص٥٩).

(٤) «الهداية»(٣: ٢٢٤).

(٥) «الهداية»(٣: ٢٢٤).

وجعلتُ هذا لك

فإنَّ الإطعامَ[1] إذا نُسِبَ إلى الطَّعام كان هبة[2]، وإذا نُسِبَ إلى الأرضِ كان عارية (**وجعلتُ هذا لك**[3]

وقال شيخُ الإسلام خُواهَر زَادَه رحمه الله: إنَّ الركنَ مجرّد الإيجاب، قال في «الفتاوى العالمكيريّة»: وأما ركنها فقول الواهب: وهبت؛ لأنّه تمليك، وإنّه يتمُّ بالمالكِ وحدّد، والقبضُ شرطٌ ثبوتُ الملكِ للموهوبِ له، حتى لو حلفَ لا يهبُ فوهبَ ولم يقبلْ الآخرُ حنث. كذا في «محيط السرخسيّ». انتهى.

وقال في «غاية البيان»: ولهذا قال علماؤنا: إذا حلفَ لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه. انتهى. وفيه إنَّ الحنث؛ لأنّه إنّما منعَ نفسه عما في وسعه، وقبولُ الغيرِ ليس في وسعه، فافهم، هذا ما وعدتّه سابقاً، وهاهنا أبحاثٌ نفيسةٌ تركناها لغرابة المقام، ومحلّها مبسوطاتُ الأعلام.

[1]قوله: **فإنّ الإطعام**... الخ؛ يعني إنّ الإطعامَ إذا نسبَ إلى ما يؤكلُ عينُهُ يرادُ به التمليك بغيرِ عوض، وهو الهبة، وإذا نسبَ الأرض، وعينها لا تؤكل، يكونُ المرادُ به ما يستعملُ منها، فأمكن ذلك بالعارية فيكون عارية.

[1]قوله: **كان هبة**؛ فيه أنّه يخالفُ ما في «المحيط البرهانيّ»(1) نقلاً عن «الأصل» من أنّه لو قال: أطعمتك هذا الطعام فإن قال: فاقبضه فهو هبة، وإن لم يقل: فاقبضه، فهو يحتملُ الهبةَ والعارية.

[2]قوله: **كان عارية**؛ وإن أمكنَ أن يرادَ بالإطعامِ المضافَ إلى مثلِ الأرضِ تمليكَ العين مجازاً، لكنَّ هذا التجوز ليس بمتعارف، وإنّما المتعارفُ أن يرادَ إطعامُ الغلّة على طريقِ ذكر المحلّ وإرادةِ الحال، وكلامُ العاقلِ إنّما يجبُ حملُهُ على المتعارفِ لا على كلّ ما احتمله اللفظ. كذا في «النتائج»(2).

[3]قوله: **وجعلت هذا لك**؛ أي وتصحّ الهبة بقوله: جعلت هذا الشيء لك؛ لأنَّ اللامَ للتمليك، فصار كأنّه قال: ملّكتك هذا الشيء، ألا ترى أن ذلك لو كانَ بعوضٍ كان تمليكاً، فكذا بغيرِ عوض.

---

(1) «المحيط البرهاني»(ص٦١).

(2) «نتائج الأفكار»(٧: ٤٨٥).

وأعمرتكه، وجعلتُهُ لك عمرى

وأعمرتكه، وجعلتُهُ لك عمرى)[1]**، قال النَّبِيُّ ﷺ**[2]**: «من أعمر عمرى، فهي للمعمر له حال حياته، ولورثته من بعده**[3]**»**(1)**. بخلاف ما إذا قال: داري لك عمرى سكنى، فإنَّ قولَهُ سُكْنى يجعلُهُ عارية**[4]

[1]قوله: **أو أعمرتكه، وجعلته لك عمري**؛ أي وتصحُّ الهبةُ بهذين القولين لما ذكره الشارح ﷺ من الحديث؛ ولأنَّ معنى العمري هو التمليكُ للحال، واشتراطُ الاسترداد بعد موتِ المعمر له، فصحَّ التمليكُ وبطلَ الشرط؛ لأنَّ الهبةَ لا تبطلُ بالشروطِ الفاسدة.

قال في «الكفاية»(2): أعمرتك هذا الشيء؛ أي جعلتُ لك هذا الشيءَ مدَّةَ عمرك، فإذا متَّ أنت فهو لي، يقال: أعمره الدَّار، قال له: هي لك عمرك، ومنه: أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها، فمن أعمرَ شيئاً فهو له، ومنه العمرى. انتهى. وقد مرَّ ذكره فتذكّر.

[2] قوله: **قال النَّبيُّ ﷺ**... الخ؛ أخرجَه الجماعةُ إلا البُخاريّ عن جابرٍ ﷺ(3). كذا في «نصب الراية»(4).

[3]قوله: **ولورثته من بعده**؛ أي لورثة المعمرِ له من بعدِ المعمر له: يعني يثبتُ به الهبة ويبطلُ ما اقتضاهُ من شرطِ الرجوع. كذا في «الكفاية»(5).

[4]قوله: **يجعله عارية**؛ لأنَّ لفظَ السُّكنى محكمٌ في تمليكِ المنفعة، ولامُ الملكِ في

---

(1) من حديث جابر ومعاوية والزبير ﷺ في «صحيح مسلم»(٣: ١٢٤٥)، و«جامع الترمذي»(٣: ٦٣٢)، و«سنن أبي داود»(٣: ٢٩٤)، و«سنن النسائي»(٥: ١٣٣)، واللفظ له، و«شرح معاني الآثار»(٤: ٩٣، ٩١)، و«الموطأ»(٢: ٧٥٦)، وغيرهم.

(2) «الكفاية»(٧: ٤٨٥).

(3) في «صحيح مسلم»(٣: ١٢٤٥)، و«جامع الترمذي»(٣: ٦٣٢)، و«سنن أبي داود»(٣: ٢٩٤)، و«سنن النسائي»(٥: ١٣٣)، واللفظ له، و«شرح معاني الآثار»(٤: ٩٣، ٩١)، و«الموطأ» (٢: ٧٥٦)، وغيرها.

(4) «نصب الراية»(٥: ٢٦٠).

(5) «الكفاية»(٧: ٤٨٦).

وحملتُك على هذه الدَّابّة بنيَّتها، وكسوتُك هذا الثَّوب، وداري لك هبةً تسكنُها، وفي هبة سُكْنَى

(وحملتُك[١] على هذه الدَّابّة بنيَّتها، وكسوتُك هذا الثَّوب[٢]، وداري لك هبةً[٣] تسكنُها)، فإنَّ قوله: تسكنُها ليس تمييزاً[٤]، بل هو مشْوَرة[٥](١).

(وفي هبة سُكْنَى): أي داري لك هبةً[٦] سُكْنَى، فقولُهُ: سكنى تمييزٌ فيكونُ تفسيراً لِمَّا قبلَه، فيكونُ عاريةً(٢)

قوله: لك يحتمله، والمحكمُ يكون قاضياً على المحتمل، ويمكن أنّ قوله: سكنى، خرجَ مخرجَ التفسير فتعيَّن تمليكُ المنفعة، فيجعله عارية.

[١]قوله: **وحملتك**... الخ؛ أي وتصحُّ الهبةُ بقوله: حملتُك على هذه الدابّة إذا نوى به الهبة، فإن لم ينوها به لا؛ لأنَّ الحملَ في اللغةِ هو الإركاب، فيكون عارية، لكنَّه يحتملُ الهبةَ عرفاً، فإنّه يقال: حملَ الأميرُ فلاناً على فرس، ويرادُ به التمليك، فيحملُ عليه عند نيّته، وكان هذا الحملُ مجازاً لغوياً، وحقيقةً عرفية.

[٢]قوله: **وكسوتك هذا الثوب**؛ أي وتصحُّ الهبةُ بهذا القول؛ لأنَّ الكسوةَ يرادُ به التمليك، ألا ترى إلى قوله جَلَّ جَلالُه في كفّارةِ اليمين: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾(٣)، والكفارةُ لا تتعدّى بالمنافع، وكذا يقال: كسى فلانٌ فلاناً إذا ملَّكه لا إذا أعاره.

[٣]قوله: **هبة**؛ ليس بقيدٍ بل لو قال: داري لك عمرى تسكنها، كان كذلك. نصَّ عليه في «النهاية».

[٤]قوله: **ليس تمييزاً**؛ وتفسيراً فإنَّ الفعلَ لا يصلحُ تفسيراً للاسم، فقد أشارَ عليه في ملكِهِ بأن يسكنها، فإن شاءَ قبل مشورته، وإن شاءَ لم يقبل.

[٥]قوله: **مشورة**؛ بتسكين الشين وفتح الواو، وبضم الشين وسكون الواو، بمعنى الشورى: وهي استخراج رأي على غالب الظنّ.

[٦]قوله: **داري لك هبة**؛ فنصبَ الهبةَ على الحال أو التمييز، لما في قوله: داري لك من الإبهام.

---

(١) أي بمعنى الشورى، وهذا لا ينافي الهبة، بل تنبيه على المقصود بمنْزلة قوله: هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه. ينظر: «الدرر»(٢: ٢١٧).

(٢) ولأنها محكمة في العاريّة، والهبة تحتملها، وتحتمل تمليك العين، فيحمل المحتمل على المحكم. ينظر: «الشرنبلالية»(٢: ٢١٧).

(٣) المائدة: ٨٩.

أو سُكْنى هبة، أو نحلى سكنى، أو سُكْنى صدقةً، أو صدقةً عارية، أو عارية هبة عاريةً، وتتمُّ بالقبضِ الكامل

(**أو سُكْنى هبة**): أي داري لك بطريقِ السُّكْنى حالَ كون السُّكْنى هبة: أي موهوبة[1]، (**أو نحلى سكنى**): النّحلى اسم من النَّحلة: أي الإعطاء، تقديرُه نحلتُها نحلة، ثُمَّ قولُهم: سُكْنى؛ تمييزاً، (**أو سُكْنى صدقةً**): أي داري لك بطريق السُّكْنى حال كون السُّكْنى صدقة، (**أو صدقةً عارية**): أي داري لك صدقة حال كونها بطريق العارية، فعاريةٌ تمييز فُهِمَ منه المنفعة، (**أو عاريةٍ هبة عاريةٌ**): أي داري لك بطريقِ العاريةِ حالَ كونها هبة، فلمَّا قال: عاريةً فُهِمَ منها المنفعة، فمعناهُ حالَ كونَ المنافعِ موهوبةً لك.

(**وتتمُّ بالقبضِ الكامل**)[1]

[١]قوله: **وتتمُّ بالقبضِ الكامل**؛ لأنَّ القبضَ لا بُدَّ منه لثبوتِ الملك، وقال مالك ﷺ: يثبت الملكُ فيه قبل القبضِ بمجرَّدِ الإيجابِ والقبول، وبه قال أبو ثور ﷺ والشافعيّ ﷺ في القديم؛ لأنَّ الهبةَ إزالةُ ملكٍ بغيرِ عوض، فلا يعتبرُ فيها القبض، كالوصيةِ والوقف؛ لأنّها عقدٌ ينقل الملك فلا يتوقَّف على القبضِ كالبيع.

ولنا: ما رواهُ مالكٌ ﷺ في «الموطأ» في «كتاب القضاء»: عن ابن شهابٍ عن عروةِ ابن الزبير عن، عائشة رضي الله عنها زوجُ النبيِّ ﷺ إنها قالت: «إنّ أبا بكرٍ الصدِّيق ﷺ كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاةُ قال: والله يا بنيّة ما من النَّاس أحدٌ أحبُّ إليّ غنىً بعدي منك، ولا أعزُّ عليّ فقراً بعدي منك، وإنّي كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جددته كان لك، وإنّما هو اليومُ مالُ وارث، وإنّما هما أخواك وأختاك، فاقتسموه على كتابِ الله.

قالت عائشة رضي الله عنها: فقلت: يا أبت، واللهِ لو كان كذا وكذا لتركته، إنّما هي أسماء فمن الأخرى، قال: ذو بطن ابنة خارجة أراها وجارية...»[2] الحديث، وما روى عبد الرزّاق في «مصنّفه» عن عمرَ بن الخطاب ﷺ قال: «لا يحلُّ إلا لمَن حازه فقبضه»[3].

(١) فتكون عارية لا هبة. ينظر: «الدرر»(٢: ٢١٧).

(٢) في «الموطأ»(٢: ٧٥٢)، وغيره.

(٣) في «مصنف عبد الرزاق»(٩: ١٠٢)، وغيره.

....

أي تَتمُّ الهبةُ بالقبضِ[١] الكاملِ[٢] الممكن في الموهوبِ للموهوب له، فالقبضُ الكاملُ في المنقولِ ما يناسبُه، وفي العقارِ ما يُناسبُه

ولأنَّ الهبةَ عقدُ تبرُّع، ولو ثبتَ الملكُ فيه بلا قبضٍ لتوجَّهتِ المطالبة على المتبرِّعِ بالتسليم، كما في البيع، فيؤدّي إلى إيجابِ ما تبرَّع به، وهو خلافُ موضوعِ التبرُّعات، بخلاف المعاوضات، فإن قيل: الملكُ يقعُ على وجهٍ لا يوجبُ التسليم، أجيبَ بأنّه لا فائدةَ فيه حينئذٍ، إذ فائدةُ الملكِ التمكّن من التصرّف.

[١]قوله: بالقبض؛ أي الحيازة؛ وهي أن يصيرَ الشيءُ في حيز القابض، فظهرَ أنَّ التخليةَ أي التمكّن من الحيازةِ لم يكن قبضاً، وهذا عند أبي يوسفَ رح خلافاً لمحمّد رح.

[٢]قوله: بالقبض الكامل؛ ولو كان الموهوبُ شاغلاً لملكِ الواهبِ لا مشغولاً به، قال في «الفصول العمادية» في «فتاوى ظهير الدّين» ﷺ: هبةُ الشاغلِ تجوز، وهبةُ المشغولِ لا تجوز.

والأصلُ في جنسِ هذه المسائل: إنَّ اشتغالَ الموهوبِ بملك الواهبِ يمنعُ تمامَ الهبة؛ لأنَّ القبضَ شرط، وأمّا اشتغالُ ملكِ الواهبِ بالموهوبِ فلا يمنعُ تمامَ الهبة، مثاله: وهبَ جراباً فيه طعام لا يجوز، ولو وهبَ طعاماً في جرابٍ جاز، وعلى هذا نظائره.

وفي «الزيادات» المنسوب إلى القاضي أبي جعفر ﷺ: لو وهبَ دابّة مُسَرَّجَةً وسَلَّمَها كذلك لم يجزْ الهبة، وبمثله لو وهبَ اللّجامَ والسرجَ دون الدَّابةِ وسلّمها كذلك جاز؛ لأنَّ الدَّابةَ تصيرُ مشغولةً بالسرجِ واللّجام، والسرجُ واللّجامُ لا يصيرُ مشغولاً بالدَّابة، وعلى هذا الرَّهن.

واشتغالُ الموهوبِ بملك غير الواهب، هل يمنعُ تمام الهبة؟ ذكرَ صاحب «المحيط»: في «الباب الأوَّلِ من هبة» «الزيادات»: إنّه لا يمنع، فإنه قال: لو أعار داراً من إنسان ثمَّ إنَّ المستعيرَ غصبَ متاعاً ووضعه في الدار، ثمَّ وهبَ المعيرُ الدّارَ من المستعيرِ صحَّتِ الهبةُ في الدار.

وكذلك لو أنَّ المعيرَ هو الذي غصبَ المتاع ووضعَه في الدَّار، ثمّ وهبَ المعيرُ من

فتصحُّ إن قبضَ في مجلسِها بلا إذن، أو بعدَهُ بإذن

فقبضُ[١] مفتاحِ الدَّار قبضٌ لها، والقبضُ الكاملُ فيما يحتملُ القسمةَ بالقسمةِ حتَّى يقعَ القبضُ على الموهوبِ بطريقِ الأصالةِ من غيرِ أن يكونَ القبضُ بتبعيَّةِ قبضِ الكلّ(١)، وفيما لا يحتملُ القسمةَ بتبعيَّةِ الكلّ.

(**فتصحُّ**[٢] **إن قبضَ في مجلسِها بلا إذن، أو بعدَهُ بإذن**)(٢): أي إذا قبضَ في

المستعير كانت الهبة تامّة، وإن تبيّن أنَّ الدَّار مشغولةٌ بما ليسَ بموهوب لما لم تكن مشغولة بملك الواهب، وهو المانع من تمام الهبة.

وكذلك لو وهبَ داراً بما فيها من المتاعِ، أو وهبَ جوالقَ بما فيه من المتاع، وسلَّمها إلى الموهوب ثمَّ استحقَّ المتاع، فالهبةُ تامّةٌ في الجوالق والدار؛ لأنَّ يدَ الواهبِ كانت ثابتةً على الدار، والمتاعُ جميعاً حقيقة فصحَّ تسليمُهُ إيّاها إلى الموهوب.

ثمّ باستحقاقِ المتاعِ إن تبيَّنَ أنَّ المتاعَ لم يكن ملكُ الواهبِ لم يتبيَّن أنّ الدارَ كانت مشغولةً بملكِ الواهب، وهو المانعُ من تمامِ القبض، وكلُّ جوابٍ عرفتَه في هبةِ الدارِ والجوالقِ بما فيها فهو الجوابُ في الرَّهنِ والصدقة؛ لأنَّ القبضَ شرطُ تمامها كالهبة. انتهى.

[١]قوله: **فقبض**...الخ؛ يعني فأخذَ مفتاحَ الدَّارِ الموهوبةِ قبض لتلك الدَّارِ الموهوبة، بخلاف ما لو وهبَ ثياباً في صندوقٍ مقفل، ورفعَ الصندوقَ لا يكون قبضاً فلا تتمُّ الهبة.

[٢]قوله: **فتصحّ**... الخ؛ هذا تفريعٌ على أنَّ القبضَ من تمامِ الهبة، فلو قبضَ

---

(١) يعني أن قبض بعض ما يقسم في ضمن الكلّ لا يفيد الملك حتى لو وهب نصف دار غير مقسوم ودفع الدار إليه فباع الموهوبُ له ما وهب له لا يجوز بيعه، بمنْزلة من باع هبة لم يقبضها. ينظر: «الشرنبلالية»(٢: ٢١٨).

(٢) بيانها: أنّه إذا أذنَ بالقبضِ صريحاً يصحُّ قبضُهُ في المجلس وبعده، ويملكه قياساً واستحساناً، ولو نهى عن القبضِ بعد الهبةِ لا يصحُّ القبضُ لا في المجلس ولا بعده، ولا يملكُهُ قياساً، ولو لم يأذن له بالقبض، ولم ينهَ عنه إن قبضَ في المجلسِ صحَّ القبضُ استحساناً لا قياساً، وإن قبضَ بعد المجلسِ لا يصحُّ القبضُ قياساً واستحساناً، ولو كان الموهوبُ غائباً فذهبَ وقبض، فإن كان القبضُ بإذنِ الواهبِ جازَ استحساناً لا قياساً، وإن كان بغيرِ إذنه لا يجوز. ينظر: «جامع الرموز»(٢: ٦٠).

كمشاعٍ لا يُقْسَمُ

مجلسِ الهبةِ بلا إذن كان قبضاً؛ لأنَّ الهبةَ دليلُ الإذن، وبعد إنقضاءِ مجلس الإذن لا بُدَّ أَن يأذنَ الواهبُ صريحاً، (**كمشاعٍ لا يُقْسَمُ**)(١): متعلِّقٌ بقولِهِ فتصح، والمرادُ به أنَّه إذا قُسِمَ لا يبقى منفعة[1]، كالرَّحي، والحمَّام، والبيتِ الصَّغير

الموهوبُ الموهوبَ له في مجلسِ الهبةِ بلا إذن صريحٍ من الواهب صحَّ استحساناً، والقياسُ أنّه لا يصحّ، وهو قولُ الشافعيِّ ﷺ؛ لأنَّ القبضَ تصرُّفٌ في ملكِ الواهبِ إذ ملكه قبل القبضِ باقٍ بدليلِ صحَّةِ تصرُّفِهِ من البيعِ والاعتاق، فلا يصحُّ بدونِ القبضِ بدونِ إذنه، وتمامُ الهبةِ موقوفٌ على تمامِ القبض.

ووجه الاستحسان: إنَّ القبضَ كالقبولِ في الهبةِ من حيث إنّه يتوقَّفُ عليه ثبوتُ حكمه، وهو الملك، فيكونُ الإيجابُ منه تسليطاً على القبض، ولو قبضَهُ بعد مجلس الهبةِ بإذنِ الواهبِ تصحُّ أيضاً، لا بدون إذنه؛ لأنّا أثبتنا التسليطَ فيه إلحاقاً له بالقبول، والقبول يتقيّدُ بالمجلس؛ لأنَّ الدلالةَ لا تعملُ بمقابلةِ التصريح؛ فلهذا لو نهاهُ عن القبضِ لا يصحُّ قبضُهُ لا في المجلسِ ولا بعده.

والحاصل: إنّه إذا أذنَ بالقبضِ صريحاً يصحُّ قبضُهُ في المجلس وبعده، ويملكه قياساً واستحساناً، ولو نهى عن القبضِ بعد الهبةِ لا يصحُّ القبضُ لا في المجلس ولا بعده، ولا يملكُهُ قياساً، ولو لم يأذن له بالقبض، ولم ينهَ عنه إن قبضَ في المجلسِ صحَّ القبضُ استحساناً لا قياساً، وإن قبضَ بعد المجلسِ لا يصحُّ القبضُ قياساً واستحساناً.

ولو كان الموهوبُ غائباً فذهبَ وقبض، فإن كان القبضُ بإذنِ الواهبِ جازَ استحساناً لا قياساً، وإن كان بغيرِ إذنه لا يجوز، قال القُهُسْتَانِيُّ(٢): لكنَّه مخالفٌ لما ذكرنا من التأويلات. انتهى. ولا يخفى عليك إمكانُ التوفيقِ بأن وضعَ ماله في طريقٍ ليكونَ ملكاً للرَّافعِ إذنٌ بالقبضِ دلالة فيجوزُ فلا مخالفة أصلاً(٣).

[1]قوله: **لا يبقى منفعة**؛ أي لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة أصلاً: كعبدٍ واحدٍ

---

(١) أي ليس من شأنه أن يقسم بمعنى لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة أصلاً كعبد ودابة، ولا يبقى منتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت والحمام. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٥٦).

(٢) في «جامع الرموز»(٢: ٦٠).

(٣) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٥٤).

لا فيما يُقْسَم

(لا فيما يُقْسَم): أي لا تصحُّ الهبةُ في مشاعٍ لو قُسِمَ يبقى منفعتُه عندنا، خلافاً للشَّافِعِيّ ﷺ[١](١).

وهذا الخلافُ مبنيٌّ على اشتراطِ القبض، هو يقول المشاعُ محلٌّ للقبض كما في البيعِ ونحوه

ودابّةٍ واحدة، أو لا يبقى منتفعاً به بعد القسمةِ من جنسِ الانتفاعِ الذي كان قبل القسمة: كالبيتِ الصَّغير، والحمار الصغير، والثوب الصغير. كذا في «الدرر»(٢).

وإنّما صحَّ فيه الهبة؛ لأنَّ القبضَ لا يتصوّر فيه إلا بالقبضِ الناقص، وهو قبضُ الكلِّ فاكتفى به، قال في «البحر»(٣): هبةُ المشاعِ فيما لا ينقسم تفيدُ الملكَ للموهوب له على وجهٍ لا يستحقُّ المطالبةَ بالقسمة؛ لأنّها لا تمكن.

وأما المهايأة فلا تجب في ظاهر الرواية؛ لأنّها إعارة، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما يصيرُ معيراً نصيبَه من صاحبه، والجبرُ على الإعارةِ غير مشروع، وفي رواية: تجب. انتهى.

والذي يفيدُه الزَّيْلَعِيّ(٤) أنّه يجبرُ على المهايأة؛ لأنّها قسمةُ المنافعِ والتبرُّعُ وقعَ في الغير فيكون إيجاباً في غيرِ ما تبرَّعَ به، فلا يبالي به، وإنّما المحظورُ الإيجابُ في عينِ ما تبرَّع به.

وقال قاضي زاده بعد نقل أنّ المهايأة لا تجبُ مع صلةٍ عن صاحب «غاية البيان»: لعلَّ هذا الجوابَ غير صحيح؛ لأنَّ التهايؤ يجب، ويجري فيه جبرُ القاضي إذا طلبَه أحدُ الشركاء، ولا سيّما فيما لا يقسم، نصَّ عليه في عامّة الكتب. كذا في «حاشية العلامة طحطاويّ على الدر المختار»(٥).

[١]قوله: خلافاً للشافعيّ ﷺ؛ قال الشافعيّ ومالك وأحمد ﷺ: تصحّ هبة المشاعِ سواءٌ احتملَ القسمةَ أو لا؛ لقوله ﷻ: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ

---

(١) ينظر: «النكت»(ص٦٧١)، وغيرها.

(٢) «درر الحكام»(٢: ٢١٨).

(٣) «البحر الرائق»(٧: ٢٨٦).

(٤) في «تبيين الحقائق»(٥: ٩٣).

(٥) «حاشية الطحطاوي»(٣: ٣٩٦).

....

ونحن نقول[1]: القبضُ منصوصٌ عليه هاهنا فلا بُدَّ من كمالِه.

﴿يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾(1)، فإنّه يقتضي أنَّ الصداقَ إذا كان عيناً يتنصَّفُ بالطَّلاق قبل الدخول، ويندبُ كلٌّ واحدٍ من الزوجين إلى تركِ الكلِّ للآخر، وذلك هبةُ المشاع.

ولِمَا في «صحيح البُخاري» من أنَّ وفدَ هوازن لَمَّا جاؤوا يطلبون من النبي ﷺ أن يردَّ عليهم ما عنده منهم، قال ﷺ: «ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم»(2)، وهذه هبةُ مشاع؛ ولأنّه عقدُ تمليك، فيصحُّ في المشاعِ كالبيع بأنواعه.

ولنا: إنَّ في تجويزِ عقدِ الهبة في المشاعِ المنقسمِ إلزامُ الواهبِ شيئاً لم يلتزمه، وهو القسمة، فيكون عقدُ التبرُّعِ موجباً لضمانِ القسمة، وهو خلاف موضوعُ التبرُّع، بخلافِ ما لا يحتملُ القسمة؛ لأنَّ القبضَ لا يتصوَّرُ فيه إلا ناقصاً فاكتفى به.

والجواب عن الآية: إنَّ العفوَ حقيقةٌ في الدَّيْنِ دون العين، وإسقاطُ الدَّينِ جائزٌ مشاعاً كان أو غير مشاع؛ لأنّه غيرُ محتاجٍ إلى القبض، وفي العين كلُّ واحدٍ منهما مندوبٌ إلى العفو عندنا، ولكن بأن يهبَ نصيبَه لصاحبِه بعد القسمة، وليس في الآيةِ ما يمنعُ ذلك. وعن الحديث: إن ذلك كان بعد القسمة، وعن القياس: إنَّ البيعَ يتمُّ بلا قبض، وأيضاً إنّه ليس عقدُ تبرُّعٍ حتى يلزمَ خلافُ موضوعِ التبرُّع.

[1]قوله: **ونحن نقول**... الخ؛ تقريره: إنَّ القبضَ منصوصٌ عليه في الهبة، فيشترطُ وجوده على وجهِ الكمال، كما أنَّ استقبالَ القبلةِ لّما كان منصوصاً عليه يشترطُ وجودُهُ على وجه الكمال، حتى لو استقبلَ الحجرَ لا تجوزُ صلاته مع أنّ كونه من البيتِ ثابتٌ بالسنّة.

على أنَّ القبضَ ثبتَ مطلقاً، والمطلقُ يتناول الكامل، والكامل هو الموجود من كلّ وجه، والقبض في المشاع موجود من وجهٍ دون وجه؛ لأنَّ القبض عبارةٌ عن كون الشيءِ في حيز القابض، والمشاعُ ليس في حيّزه من كلّ وجه؛ لأنّه في حيّزه من وجه،

---

(1) البقرة: ٢٣٧.

(2) في «صحيح البخاري» (٢: ٨٩٧)، وغيره.

....

ولا فرقَ عندنا[1] بين أن يُهَبَ من الشَّريك أو من الأجنبيّ، والمفسدُ هو الشُّيُوع المقارن، لا الشُّيُوع الطَّارئ، كما إذا وَهَب، ثُمَّ رَجَعَ في البعضِ الشَّائع أو استحقّ[2] البعضَ الشَّائع(١)

وفي حيّز شريكِهِ من وجه، وتمامُهُ لا يحصلُ إلا بالقسمة؛ لأنَّ تميّز الأنصباء لا يحصلُ إلا بالقسمة، وهذا ممّا لا يقسم.

[١]قوله: **ولا فرق عندنا**... الخ؛ قال في «الفصول العمادية»: أمّا هبةُ المشاعِ فيما لا يحتمل القسمةَ تجوزُ من الشريكِ ومن الأجنبيّ، وفيما يحتملها فلا تجوز من الشريك ولا من الأجنبيّ.

وقال قاضي خان ﷺ في «فتاواه»: وهبَ نصيبه ممّا يقسم كالدارِ والأرضِ والمكيل والموزونِ من غير شريكه، لا يجوز عند الكلّ، وإن وهبَ من شريكِهِ لا يجوزُ عندنا، وقال ابن [أبي] ليلى ﷺ يجوز. انتهى.

[٢]قوله: **أو استحقّ**... الخ؛ فيه إنّه مخالفٌ لما في «الكافي» و«الفصول العمادية»: إن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبةَ بالاتّفاق، وهو أن يرجعَ في بعضِ الهبة شائعاً، أمّا الاستحقاق فيفسدُ الكلّ؛ لأنّه مقارن، كذا ذكر شيخ الإسلامِ أبو بكرٍ ﷺ في (هبة) «المحيط». انتهى.

ولذا قال في «الدر المختار»(٢): والمانعُ من تمامِ القبضِ شيوعٌ مقارن للعقد لا طارئ، كأن يرجع في بعضِهما شائعاً، فإنه لا يفسدُها اتّفاقاً، والاستحقاقُ شيوعٌ مقارن لا طارئ فيفسدُ الكلّ، حتى لو وهبَ أرضاً وزرعاً وسلَّمَهما فاستحقَّ الزرعُ بطلت في الأرضِ لاستحقاق البعضِ الشائع فيما يحتمل القسمة، والاستحقاق إذا ظهرَ بالبيّنة فيكونُ مقارناً لها لا طارئاً كما زعمه صدرُ الشريعة ﷺ، وإن تبعَه ابنُ الكمال ﷺ(٣) فتنبَّه. انتهى.

---

(١) والعبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد، حتى لو وهب مشاعاً وسلّم مقسوماً يجوز، وكذا لو وهب نصف الدار ولم يُسَلِّم ثم وهب النصف الآخر وسلّمه جازت الهبة، أو وهب تمراً في نخل أو زرعاً في أرض ثم سَلّم بعد ذلك مفرزاً يجوز. ينظر: «البناية»(٧: ٨٠٨).

(٢) «الدر المختار»(٤: ٥١١).

(٣) في «الإيضاح»(ق١٣٢/أ).

فإن قُسِمَ وسُلِّمَ صحّ، فإن وَهَبَ دقيقاً في بُرّ، أو دُهْناً في سمسم لا، وإن طَحَن، أو أخرجَ وسَلَّم، وكذا السَّمْنُ في اللَّبْن

بخلافِ الرَّهن، فإنَّ الشُّيوعَ الطَّارئ مفسد[١].

(فإن قُسِمَ وسُلِّمَ[٢] صحّ): أي إذا وَهَبَ النِّصفَ المشاع، ثُمَّ قُسِمَ وسُلِّمَ صحّ؛ لأنَّ تمامَها بالقبضِ عندنا، وعند القبضِ لا شيوع[٣]، (فإن وَهَبَ دقيقاً في بُرّ، أو دُهْناً في سمسم لا، وإن طَحَن، أو أخرجَ وسَلَّم، وكذا السَّمْنُ في اللَّبْن)، إنَّما لا يجوزُ لأنَّ الموهوبَ معدومٌ وقتَ الهبة[٤]

---

[١]قوله: فإنَّ الشيوع الطارئ مفسد؛ اعلم أنَّ الشيوعَ الطارئ يمنعُ بقاءَ الرهنِ في رواية الأصل، وفي روايةِ ابن سماعة ﷺ عن أبي يوسفَ ﷺ: إنّه لا يمنعُ بقاء الرهن؛ لأنَّ حكمَ البقاء أسهلُ من حكم الابتداء، فأشبه الهبة.

ووجهُ روايةِ الأصل: إنَّ الامتناعَ لعدمِ المحليّة، وما يرجعُ إليه فالابتداء والبقاء سواء، كما أن المحرميّة لا يفرقُ فيه بين الابتداءِ والبقاء، بخلاف الهبة، فإنّ المشاعَ يقبلُ حكمهما وهو الملك، واعتبارُ القبضِ في الابتداء لنفي الغرامة.

فإنَّ في إثباتِ الملك قبل القبضِ إلزامُ المتبرِّع شيئاً لم يتبرَّع به وهو التسليم، ولا حاجةَ إلى اعتبارِ القبضِ في حالة البقاء؛ ولذا يصحُّ الرجوعُ في بعض الهبة، ولا يجوزُ فسخ العقد في بعض الرهن.

[٢]قوله: فإن قسم وسلّم؛ ولو سلّمه شائعاً لا يملكه، حتى لا ينفذ تصرُّفُه فيه، ويكون مضموناً عليه، وينفذ فيه تصرُّفُ الواهب. ذكره الطحاويُّ وقاضي خان.

[٣]قوله: وعند القبض لا شيوع؛ فالمعتبرُ هو الشيوعُ وقتَ القبضِ لا وقتَ العقد، حتى لو وهبَ نصفَ الدَّارِ مشاعاً ولم يُسَلِّم، ثمَّ وهبَ النصفَ الآخر وسلَّمَ الكلّ جاز. كذا في «العناية»(١) وغيرها.

[٤]قوله: لأنَّ الموهوبَ معدومٌ وقت الهبة؛ لأنّه ليس بموجودٍ بالفعل، وإنّما يحدث بالعصر والطحن، وكونه موجوداً بالقوَّةِ غير معتبر؛ لأنَّ عامّة الممكنات كذلك، ولا تسمى موجودة.

---

(١) «العناية»(٩: ٣١).

وهبةُ لَبَنٍ في ضرعٍ، وصوفٍ على ظهر غَنَم، وزَرْعٍ ونخلٍ في أرض، وتمرٍ في نخيلٍ كالمشاع، وتَمَّ هبةُ ما مع الموهوبِ له بلا قبضٍ جديد

بخلافِ المشاع[١]، (**وهبةُ لَبَنٍ في ضرعٍ، وصوفٍ على ظهر غَنَم، وزَرْعٍ ونخلٍ في أرض، وتمرٍ في نخيلٍ كالمشاع**): أي لا يجوزُ هذه الهبات[٢]، لكن إن فُصِلَتْ هذه الأشياءُ عن ملكِ الواهب، وقبضَ تصحّ.

(**وتَمَّ[٣] هبةُ ما مع الموهوبِ له بلا قبضٍ جديد**

فلهذا لو استخرجه الغاصبُ كان مملوكاً له؛ لأنَّ الموجودَ قبل الطحن هو البرّ، والدقيقُ مغاير له؛ لاستحالةِ كون الشيء شيئين في وقتٍ واحد، فكان إضافة العقد المعدوم، فصار لغواً، فإنَّ المعدومَ ليس بمحلٍّ للملك، فلا ينعقد إلا بالتحديد.

[١]قوله: **بخلاف المشاع**؛ فإنّه محلٌّ للتمليك؛ لكونه موجوداً وقت العقدِ ويتصوّر القبضُ فيه، لكن لا على سبيل الكمال، ولهذا يصحُّ بيعُهُ بالإجماع، والمانعُ فيه لمعنى حقٍّ غيره، وهو العجزُ عن التسليم، فإذا زالَ المانعُ انقلب جائزاً.

[٢]قوله: **أي لا يجوز هذه الهبات**؛ لا لكون هذه الأشياء معدومة كما في الصورة السابقة، بل لاتّصال الموهوبِ بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع إمكانِ الفصل، فذلك يمنع القبض كالشائع؛ ولذا إن فصلت هذه الأشياء عن ملكِ الواهبِ وقبض تصحُّ الهبةُ استحساناً كما في المشاع.

[٣]قوله: **وتمّ...الخ**؛ تصويره: إنَّ الشيءَ الموهوبِ إذا كان في يدِ الموهوبِ له ملكَه بالهبة، ولا حاجةَ إلى تجديدِ القبضِ فيه بأن ينتهيَ إلى الموضعِ الذي فيه ذلك الشيء، ويمضي وقتٌ يتمكّن فيه من قبضها؛ لأنَّ القبضَ هو الشرط، وهو متحقّق.

وإطلاق العبارةِ يشملُ ما إذا كان له الشيءُ الموهوب في يد الموهوب أمانةً أو مضمونة، ولو وديعة، فهبةُ الوديعةِ للمودَع، والعارية للمستعير، والمغصوب للغاصب غير محتاجةٍ إلى قبضٍ جديد؛ لأنَّ الموهوبَ حينئذٍ في يدِ الموهوبِ له حقيقة، فلا يحتاجُ إلى قبضٍ آخر.

والأصلُ فيه: إنّه متى تجانسَ القبضانِ نابَ أحدُهما عن الآخر؛ لأنَّ التجانسَ دليلُ التشابه، والمتشابهان ينوبُ كلُّ واحدٍ منهما عن الآخر، ومتى لم يتجانسا نابَ الأعلى عن الأدنى دون العكس؛ لأنَّ في الأعلى ما في الأدنى وزيادة.

وما وهبَ لطفلِهِ بالعقد

وما وهبَ[1] لطفلِهِ بالعقد

فلو كان في يد إنسانٍ أمانةٌ كالوديعةِ فوهبها مالكها فإنه لا يحتاجُ إلى قبضٍ آخر؛ لأنَّ قبضَ الهبة غير مضمون، فينوب عنه قبض الأمانة؛ لكونه غير مضمون.

ولو كان في يده مضمون بعينه، وهو المضمون بالقيمة أو المثل، كالمقبوض على سوم البيع أو المغصوب، فوهبه مالكُه منه، لا يحتاج إلى قبض آخر؛ لأنّه في يده بقبضٍ مضمون، والقبض المضمون أعلى من القبض الذي ليس بمضمون، فكان نائباً عنه.

ولو كان في يده أمانة فباعها مالكها منه يحتاج إلى قبضٍ آخر، بأن يرجعَ إلى موضعٍ فيه العين، ويمضي وقت يتمكّن فيه من قبضِها؛ لأنّ قبض المبيع مضمون، فلا ينوب عنه القبض الذي ليس بمضمون.

[1]قوله: وما وهب...الخ؛ أي وتمَّ هبته بالعقد، أو هبةُ الواهب لطفله؛ لأنّه في قبض الأب، فينوب عن قبضِ الصغير؛ لأنّه وليّه، فيشترط قبضه، ولا فرقَ في ذلك بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه؛ لأنَّ يد المودع كيدِ المالك.

بخلاف ما إذا كان مال الأب مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً لم يتمّ الهبة بالعقد؛ لأنّه في يد غيره في صورةِ الرهنِ والغصب، أو في ملك غيره في صورة البيع الفاسد، فلا ينوب قبض المُرتهن والغاصب عن قبض الهبة للولد.

قال الشُّمُنّيُّ في «كمال الدراية»[1]: وفي «المبسوط»: وهب لابنه شيئاً معلوماً في يده جاز، وقبض الأب يكفي بلا قبوله، والإشهاد عليه للاختيار، والتحرُّز عن جحود سائر الورثة [بعد] موته.

وفي «الذخيرة»: لأنَّ كلَّ عقدٍ يتولاّه الواحدُ يكتفى فيه بالإيجاب كبيع الأب مالَه لابنه الصغير، ولو وهبَ من طفلِهِ داراً وهو ساكنها، ومتاعه فيها صحَّت الهبة وملكَها الابنُ بمجرَّدِ قوله: وهبتُها له؛ لأنّها في يده، وسكناه ومتاعُه فيها لا ينافي يده عليها، بل تقرُّرها، فتكون الدارُ في قبضه وهو الشرط.

(١) «كمال الدراية»(ق٤٤٨).

وما وهبَ أجنبيّ له بقبضِهِ عاقلاً ، أو قبضِ أبيه ، أو جدِه ، أو وصيٌّ أحدِهما ، أو أمٌّ هو معها

وما وهبَ[1] أجنبيّ له بقبضِهِ عاقلاً ، أو قبضِ أبيه ، أو جدِه ، أو وصيٌّ أحدِهما ، أو أمٌّ هو معها[2]

ولو كان ساكنُها غيرَه بأجرٍ لا تجوز الهبة ؛ لعدم قبض الأب ؛ لأنَّ قبض المستأجِّر لنفسه ، ولو كان بغير أجرٍ جازت الهبة ، وملكها الابنُ بمجرَّدِ العقد. كذا عن «المنتقى». انتهى.

[١]قوله: **وما وهب**...الخ ؛ يعني وتمَّ هبةُ ما وهبَه الأجنبيُّ لذلك الطفل بقبضه لو كان الطفلُ عاقلاً مميّزاً يعقلُ التحصيل ، ولو كان أبوه حيّاً ؛ لأنّه في التصرُّف النافع يلحق بالبالغِ استحساناً ، وتتمّ أيضاً بقبضِ أبيه حال صغره أو جدّه أو وصيٌّ أحدهما سواء كان الطفلُ في حجرهم أو لا ؛ لأنَّ لهؤلاء ولاية عليه ؛ أمّا الأب فظاهر ، وأمّا غيره من الجدّ والوصي فلقيامهم مقامَ الأب.

وقال الشافعيّ ﷺ: لا يصحُّ قبضُ الصغير بنفسه وإن كان عاقلاً ، وهو القياس ؛ لأنّه لا اعتبارَ بعقله قبل البلوغ ؛ لأنَّ الولاية عليه لا تزولُ عنه قبله ، فلو اعتبرَ بعقله وجعلَ له ولايةُ التصرّف لما نفذَ تصرُّف غيره ، ولما كان له حاجةٌ إليه.

ووجه الاستحسان: إنّ عدم اعتبارِ عقله قبل البلوغ للنظر له ودفع الضرر عنه ، وذلك فيما كان متردّداً بين النفع والضرر ، وأمّا النفعُ المحض فيعتبرُ عقلُه فيه ، ويلحقُ بالبالغ كما في كسبه للمباحات ؛ ولذا قال في «البحر»(١) نقلاً عن «المبتغى»: من وهبَ لصغير يعبر عن نفسه شيئاً فردَّه يصحّ ، كما يصحُّ قبوله. انتهى(٢).

[٢]قوله: **أو أم هو معها**...الخ ؛ أي وتتمُّ هبةُ أجنبيٍّ للطفلِ بقبض أمٍّ أو أجنبيٌّ يربيه سواءَ كان قريباً أو أجنبيّاً لو كان ذلك الطفل في حجرهما ؛ لأنَّ لِمَن هو في يده ولاية التصرّف النافعِ له ، وتحصيلُ المال من أوفر المنافع.

فكان ذلك لثبوتِ يدهم عليه ، حتى لا يكون لغيرهم أن يَنْزعه من أيديهم ،

---

(١) «البحر الرائق»(٧: ٢٨٩).

(٢) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٤٨).

أو أجنبي يُرَبيه وهو معه، أو زَوْجِها لها بعد الزِّفاف

أو أجنبي يُرَبيه وهو معه، أو زَوْجِها لها[1] بعد الزِّفاف): أي زوجِ الطِّفل[2] الموهوب لها لأجلِها لكن بعد الزِّفاف.

فكانوا أحقّ بحفظه وتحصيلُ المالِ له من ضروراتِ حفظه؛ لأنّه لا يبقى عادةً إلا بفوتِ ملبوس، فقاموا في هذا مقامَ الوليّ عند عدم الولي؛ لكونه نفعاً محضاً(١).

[١]قوله: أو زوجها لها؛ يعني أو تتمّ هبةُ ما وهبه للطفلةِ بقبضِ زوجها، ولو مع حضرة الأبِ بعدما زُفّت الطفلةُ إليه في الصحيح؛ لأنَّ الأبَ أقامه مقامَ نفسِه في حفظها، وقبض الهبة منه.

ولو قبضَه الأبُ أيضاً صحّ؛ لأنَّ الولايةَ له، واشتراطُ الزفافِ لثبوت ولاية الزوج؛ لأنها إنّما يملكه باعتبارِ أنّه يعولها، وذلك بعد الزفاف، فلا يصحّ قبض الزوجِ قبل الزفاف؛ لأنّه [لا] يعولها قبله، ولا يشترطُ أن يكون ممّا يجامع مثلها في الصحيح، صرَّح به الزَّيْلَعِيّ ﷺ(٢)، وغيره، ومن ثمّ أطلقه المصنِّف ﷺ في «المتن»، ولو قبضت نفسها وهي تعقل جاز. كما صرَّحوا به.

[٢]قوله: زوج الطفل؛ الطفلُ الولدُ الصغيرُ من الإنسانِ والدوابّ، قال ابنُ الأنْبَارِيّ: ويكون الطفلُ بلفظٍ واحدٍ للمذكّر والمؤنَّث والجمع، قال الله ﷻ: ﴿أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ﴾(٣).

و يجوزُ المطابقة في التثنية والجمع والتأنيث، فيقال: طفلةٌ وطفلاتٌ وأطفالٌ، وكلُّ أنثى إذا ولدت فهي طفل، قال بعضهم: ويبقى هذا الاسم للولد حتى يميّز، ثمّ لا يقال: بعد ذلك طفل بل صبيّ وحَزَوّر ويافع ومُراهق وبالغ، وفي «التهذيب»: يقال له طفل إلى أن يحتلم. كذا في «المصباح المنير»(٤).

(١) ينظر: «التبيين»(٥: ٩٦).
(٢) في «تبيين الحقائق»(٥: ٩٦).
(٣) النور: ٣١.
(٤) «المصباح المنير»(٢: ٥٧٢).

وصحَّ هبةُ اثنين دارَ الواحد، وعكسُهُ لا

(وصحَّ هبةُ اثنين دارَ الواحد)؛ لأنَّ الكلَّ[١] يقعُ في يدِه بلا شيوع، (وعكسُهُ لا): أي هبةُ واحدٍ لاثنين داراً لا تصحُّ عند أبي حنيفة ﷺ، وعندهما تصحّ؛ لأنَّ التَّمليكَ[٢] واحدٌ فلا شيوع، كما إذا رَهَنَ من رجلين.

وله[٣]: أن هذه هبةُ النِّصفِ من كلِّ واحدٍ، فيثبتُ الشُّيوع(١)، بخلافِ الرَّهن[٤]؛ لأنَّهُ محبوسٌ بدينِ كلِّ واحدٍ بكماله.

---

[١]قوله: **لأنَّ الكلّ**...الخ؛ يعني إنَّ الواهبينَ سلَّما تلك الدار جملة، والموهوب له قبضها جملة، ولا شيوع في ذلك، فإنَّ المؤثِّرَ هو الشيوعُ عند القبض له عند العقد، ألا ترى أنّه لو وهبَ الكلَّ ثمَّ سلَّمَ النصف لا يجوز، ولو وهبَ النصفَ ثمَّ النصفَ وسلَّم الشكل يجوز.

[٢]قوله: **لأنَّ التمليك واحد**...الخ؛ هذا دليلٌ على مذهبهما، وتقريره: إنّ هذه هبةُ الجملةِ من الواهبين؛ لكونِ التمليكِ واحداً، فلا يتحقَّقُ الشيوعُ كما إذا رهنَ من رجلين، فإنّه يجوز، بل الهبةُ أولى بالجواز؛ لأنَّ تأثيرَ الشيوعِ في الرهنِ أقوى منه في الهبة، حتى امتنع رهن المشاع فيما لا يحتمل القسمة دون الهبة.

[٣]قوله: **وله**...الخ؛ هذا دليلٌ على مذهب الإمام، وتقريره: إنَّ هذه هبةُ النصفِ من كلِّ واحدٍ منهما.

ألا ترى أنَّ هبةَ الواحد للاثنين لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صحّ، فصار كما لو وهبَ النصفَ لكلِّ واحدٍ منهما بعقدٍ على حدة، على أنّ الملكَ يثبتُ لكلِّ واحدٍ منهما في النصف، وهو غيرُ ممتاز، فكان الشيوعُ هو يمنعُ القبضَ على سبيل الكمال، فتحقَّقَ الشيوعُ لثبوته في التمليكِ بثبوت الملك مشاعاً، فالهبةُ تفسد.

[٤]قوله: **بخلاف الرهن**...الخ؛ هذا جوابٌ من الإمام عما استشهدا به الحكم، تقريره: إنّ قياسَ الهبةِ على الرهن في هذا الحكمِ قياسٌ مع الفارق؛ لأنَّ حكمَ الرهنِ هو حبس المرهون، وهو ثابتٌ لكلّ واحدٍ من للمرتهنين كاملاً، فلا يتحقّق الشيوع.

---

(١) وبيانه: إن تمليك الكل منهما تمليك البعض الشائع من كل منهما؛ لأنه لا وجه له سوى هذا، وهذا باطل. ينظر: «رمز الحقائق»(٢: ١٨٦).

كتصدقٍ عشرة على غنيين وصحٌّ على فقيرين

(كتصدقِ عشرة[1] على غنيين وصحٌّ على فقيرين): أي إذا تَصدَّقَ بعشرةٍ على غنيينِ لا يَصحُّ عند أبي حنيفة رضي الله عنه(١)، وكذا إن وهب لهما للشيوع، وعندهما: تَصحُّ الهبة؛ لأنّه لا شيوعَ عندهما، كما في هبة واحدٍ داراً من اثنين، وكذا تصحُّ الصَّدقة؛ لأنَّ الصَّدقةَ على الغنيينِ يرادُ بهما الهبةُ مجازاً، والهبة جائزة، ولو تصدَّقَ بعشرةٍ على فقيرين أو وَهَبَ العشرة لهما جازَ بالاتّفاق؛ لأنَّ الصَّدقةَ يرادُ بها وجهُ الله جل جلاله، قال صلى الله عليه وسلم: «الصَّدَقةُ تقعُ في كفِّ الرَّحمنِ قبل أن تقعَ

ألا ترى أنّه لو قضى دين أحدهما بقيَ كلّه في يد الآخر، بخلاف الهبة، فإنّه لم يحصلْ الملكُ للموهوبِ له إلا في النصف.

[1]قوله: كتصدّق عشرة...الخ؛ وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية «الجامع الصغير»، وعندهما: يصح على غنيين أيضاً، ففرّق أبو حنيفةَ رضي الله عنه على هذه الرواية بين الصدقة: وهو ما يدفع إلى الفقير ولو كان بلفظ الهبة، وبين الهبة وهو ما يدفع إلى الغنى ولو كان بلفظ الصدقة.

وسوّى بينهما في عدم الصحّةِ في روايةِ الأصل حيث قال عقبَ مسألة الهبة: وكذلك الصدقة: أي لا تجوزُ عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه على رجلين، كما لا تجوزُ الهبة، والأظهر أنَّ عنه في المسألة روايتين: فوجه رواية الأصلِ أنّ تمامَ الصدقةِ بالقبض، وكلٌّ واحدٍ يلاقي شائعاً فلا يتمّ به الصدقة كما لا يتمُّ به الهبة.

ووجه رواية «الجامع»: إنّ الصدقةَ يرادُ بها وجهُ الله تعالى؛ ولهذا لم يكن فيها رجوع، وإنّما تقع للفقيرين بطريق النيابة، والله جل جلاله واحدٌ لا شريكَ له، فلا يتمكّنُ الشيوع فيها، وصارت كالهبة إذا وقعت لواحدٍ وقبضها اثنان بحكمِ النيابة، والهبةُ يراد به الغنيان فيقع فيها الشيوع.

(١) هذه رواية «الجامع الصغير» جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة، والصدقة على الغنيين هبة، وفرّق بين الهبة والصدقة في الحكم حيث أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة، والجامع بينهما أن كلاً منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة، والفرق أن الصدقة يبتغى بها وجه الله وهو واحد، والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكاً من اثنين. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٥٩).

....

في كفِّ الفقير»[1]، فلا شيوع، وأمَّا الهبةُ على الفقيرِ فهي صدقة، والصَّدقةُ جائزة، فكذا الهبة.

وقيل: المراد بالصدقةِ المذكورةِ في الأصل الصدقةُ على الغنيين، وعلى هذا لا مخالفةَ بين الروايتين. كذا في «كمال الدراية»[2].

(١) ورد بألفاظ قريبة منه من حديث أبي هريرة ﷺ، منها: «قال رسول الله ﷺ: ما تصدق أحد بصدقة من طيب ولا يقبل الله إلا الطيب، إلا أخذها الرحمن بيمينه وإن كانت تمرة فتربو في كفِّ الرحمن حتى تكون أعظمَ من الجبل، كما يربي أحدكم فلوه أو فصيله» في «صحيح مسلم»(٢: ٧٠٢) واللفظ له، و«سنن الترمذي»(٣: ٤٩)، و«سنن النسائي»(٢: ٣١)، وغيرها.

(٢) «كمال الدراية»(ق٤٤٩).

باب الرجوع فيها

ومَن وَهَبَ فرجعَ صحّ

باب الرجوع فيها[1]

(ومَن وَهَبَ فرجعَ[2] صحّ)(1): هذا عندنا؛ لقولِه ﷺ: «الواهبُ[3] أحقُّ بهبته

---

[1]قوله: باب الرجوع فيها؛ قد ذكرنا فيما تقدّم أنّ حكمَ الهبة ثبوتُ الملك للموهوب له فهرس المصادر والمراجع غير لازم، فكان الرجوعُ عنها صحيحاً، وقد يمنع عن ذلك مانع، فيحتاج إلى ذلك في باب على حدة.

[2]قوله: فرجع؛ أي بعد القبضِ عمّا قبله، فلم تتمّ الهبة، فلم يخرجْ الموهوب عن ملك الواهب، فلا يقال: إنّ له رجوعاً فيه، قوله: وإن كره تحريماً، وقيل: تنْزيهاً فحصل الجمعُ بين قوله ﷺ: «لا يحلّ لرجلٍ أن يعطيَه عطية أو يهب هبة فيرجعُ فيها إلا الوالدُ فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثمَّ يرجعِ كمثلِ الكلب فإذا شبعَ قاء، ثم عادَ في قيئه»(2)، وبين قوله ﷺ: «مَن وهبَ هبةً فهو أحقّ منها، ما لم يثب»، فبالثاني ثبتَ الرجوع، وبالأوّل ثبتت كراهةُ التحريم.

[3]قوله: الواهب... الخ؛ روى ابنُ ماجه عن أبي هريرةَ ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «الرجلُ أحق بهبته ما لم يثب منها»(3)، وأخرجه الدّارَقُطْنِيُّ في «سننه»، وابنُ أبي شَيْبَةَ في «مصنَّفه»، وروى الحاكمُ في «مستدركه» في «البيوع» من حديث ابنِ عمر ﷺ، وقال: حديثٌ صحيحٌ على شرطِ الشيخين ولم يخرجاه.

وروى الطَّبَرَانِيُّ في «معجمه» من حديث ابن عبّاس ﷺ، ولفظه: إنَّ النبيَّ ﷺ قال: «مَن وهبَ هبة فهو أحقُّ بهبته ما لم يثب منها، فإن رجعَ في هبة فهو كالذي يقيء ثمّ يأكل قيئه»(4).

---

(1) ولو أسقط حقّه من الرجوع في الهبة ما الموهوب باقياً. ينظر: «فتاوى ابن نجيم»(ص158).

(2) في «سنن الترمذي»(4: 442)، وقال: حسن صحيح، و«سنن أبي دواد»(3: 291)، و«سنن النسائي»(4: 124)، و«مسند أحمد»(2: 27)، وغيرها.

(3) في «سنن الدارقطني»(3: 43)، و«المستدرك»(2: 60)، وغيرها.

(4) في «المعجم الكبير»(11: 148)، وغيره.

....

ما لم يثبت»[(١)] : أي ما لم يعوض[١]، وعند الشَّافِعِيِّ ﷺ[(٢)] لا تصحُّ إلا[٢] في هبةِ الوالدِ لولدِه

وروى عبد الرزَّاق في «مصنَّفه»: عن سفيان عن منصور عن ابراهيم قال: قال عمر ﷺ: «مَن وهبَ هبةً لذي رحم فليس له أن يرجعَ فيها، ومَن وهبَ لغير ذي رحم فله أن يرجعَ فيها إلا أن يثابَ منها»[(٣)]، ذكره في «كمال الدراية»[(٤)]، وغيره، هذا هو الاستدلال بالرواية.

أمّا الاستدلالُ بالدراية فهو أنَّ المقصودَ بالهبةِ هو التعويض والمكافأة عادة، ألا ترى أنّه يقال: الأيادي قروض، وتأيّد ذلك بقوله ﷺ: «تهادوا تحابوا»[(٥)]، فإنّ التفاعلَ يقتضي الفعل من الجانبين.

فكان له الرجوعُ إذا لم يحصل مقصودُه، كما أنّ المشتري إذا وجدَ بالمبيع عيباً يرجعُ بالثمنِ لفواتِ مقصوده وهو وصفُ السلامة في المبيع، فيثبتُ للواهب ولاية الفسخِ عند فوات مقصوده، إذ العقد يقبله.

[١]قوله: **أي ما لم يعوض**؛ فإنّ الإثابةَ هو التعويض، قال في «منتهى الأرب»: أثابه الله: يا داش هداد الله. انتهى.

[٢]قوله: **لا تصحّ إلا**...الخ؛ وبه قال مالكٌ وأحمد ﷺ في ظاهرِ مذهبه، وعن الشافعيّ ﷺ في غير الأب من الأصولِ قولان: أصحّهما أنّه كالأب؛ لأنّه مثلَه في حصولِ العتق بشرائه ووجوب النفقة وسقوط القصاص.

---

(١) من حديث عمر وابن عباس وأبي هريرة ﷺ وغيرهم، في «المستدرك»(٢: ٦٠)، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين، و«سنن الدارقطني»(٣: ٤٣)، و«سنن ابن ماجه»(٢: ٧٩٨)، و«سنن البيهقي الكبير»(٦: ١٨١) وهذا اللفظ مذكور فيه.

(٢) ينظر: «النكت»(ص٦٧٥)، وغيرها.

(٣) في «مصنف عبد الرزاق»(٩: ١٠٧)، وغيره.

(٤) «كمال الدراية»(ق٤٤٩).

(٥) سبق تخريجه.

لقولِهِ ﷺ[1]: «لا يرجعُ الواهبُ في هبةٍ إلاَّ الوالدَ فيما يهبُ لولده»(١)، ونحنُ نقولُ[2] به: أي لا ينبغي أن يرجعَ في هبةٍ إلا الوالد

[1]قوله: لقوله ﷺ؛ هذا استدلالٌ بالرواية، وأمّا الاستدلالَ بالدرايةِ فهو أنَّ الرجوعَ يضاد مقتضى العقد، وهو التمليك، والعقد لا يقتضي ما يضادّه.

ولا يقال: إنّ هذه العلةُ موجودةٌ في هبةِ الوالدِ للولدِ أيضاً، فيلزمُه أن لا يصحَّ الرجوعُ فيها أيضاً؛ لأنا نقول: جوازُ الرجوعِ في هبةِ الوالد لولده على أصله ﷺ، فإنَّ من أصله أنَّ للأب حقّ في مال ابنه؛ لأنّه جزؤه أو كسبه، فالتمليكُ من نفسه من وجه.

[2]قوله: ونحن نقول...الخ؛ هذا جوابٌ عمّا استدلَّ به الشافعيّ ﷺ من الحديث، وتقريره: إنّ المرادَ بما رواهُ عدمَ استقلالِ الواهبِ بالرجوع من غيرِ قضاء ولا رضاء، إلا الوالدَ إذا احتاجَ إلى ذلك، فإنّه ينفردُ بالأخذ لحاجته بلا رضاءٍ ولا قضاء، كما في سائرِ أمواله، بناءً على ما قال رسول الله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك، إنَّ أطيبَ ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم، فكلوه هنياً»(٢)، رواه أحمد وأبو داود.

وعلى أنّ هذا الحديث الذي رواهُ واستدلّ به لا ينافي الرجوع، فإنَّ المرادَ به أنَّ الواهبَ لا يحلُّ له الرجوعُ ديانةً ومروءة، لا أنّه لا يحلُ قضاءً وحكماً، كما قال ﷺ: «لا يحلُّ لرجلٍ يؤمنُ بالله واليوم الآخرِ أن يبيتَ شبعان»(٣)، وأجازه أبو حنيفةَ ﷺ طارئاً، فمعناه لا يليقُ به مروءة وديانة، وإن كان جائزاً قضاءً وحكماً.

---

(١) من حديث ابن عمر وابن عباس ﷺ في «جامع الترمذي»(٤: ٤٤٢)، وقال: حسن صحيح، ولفظه عنده: «لا يحلّ للرجل أن يعطي عطية، ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ومثل الذي يعطي العطية، ثمّ يرجعُ فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه»، وفي «صحيح ابن حبان»(١١: ٥٢٤)، و«مستدرك الحاكم»(٢: ٥٣) وصححه، و«سنن النسائي»(٤: ١٢١)، وغيرهم، وينظر: «نصب الراية»(٤: ١٢٤)، وغيره.

(٢) في «سنن أبي داود»(٣: ٢٨٩)، و«صحيح ابن حبان»(٢: ١٤٢)، و«سنن ابن ماجة»(٢: ٧٦٩)، وغيرها. قال ابن القطان عن حديث ابن ماجه: إسناده صحيح، وقال المنذري: رجاله ثقات.

(٣) في «شرح معاني الآثار»(١: ٢٧) بلفظ قريب منه.

ومنعَهُ الزِّيادةُ المتصلة

فإنَّه يتملَّكُ للحاجة[1](١).

(ومنعَهُ الزِّيادةُ المتصلة[2]

وكما قال ﷺ: «المؤمن لا يكذب»(٢)، وكما قال ﷺ: «الزاني لا يزني وهو مؤمن»(٣)؛ أي لا يليق له أن يكذب أو يزني وهو مؤمن؛ لأنه ينافي صفةَ الإيمان إن فعله، بل هو قبيحٌ ذاتاً، ومع الإيمان أقبح فكذا هذا.

[1]قوله: فإنّه يتملّك به للحاجة؛ وهذا التملُّك يسمّى رجوعاً باعتبارِ الظاهر، وإن لم يكن رجوعاً في الحكم.

[2]قوله: ومنعه الزيادة المتصلة(٤)؛ لأنَّ الرجوعَ إنّما يصحُّ في الموهوب، والزيادةُ ليست بموهوبة، والفصلُ متعذِّر ليرجع في الأصلِ دون الزيادة، والمراد بالزيادة هو

(١) أي لا ينفرد أحدٌ بالرجوع في هبته من غير قاض ولا تراضٍ إلا الوالد إذ احتاج إلى ذلك، فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته. وتمامه في «فتح باب العناية»(٢: ٤١٤).

(٢) فعن عبد الله بن الجراد: أنه سأل النبي ﷺ هل يزني المؤمن؟ قال: قد يكون من ذلك، قال: هل يكذب؟ قال: لا، ثم اتبعها ﷺ بقول الله ﷻ: ﴿إِنَّمَا يَفْتَرِى ٱلْكَذِبَ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِ﴾، أخرجه ابن عبد البر في التمهيد بسند ضعيف ورواه ابن أبي الدنيا في الصمت مقتصرا على الكذب. ينظر: «تخريج أحاديث الإحياء»(٣: ١٠٠)، وغيره.

(٣) فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يسرق حين يسرق وهو مؤمن، ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن والتوبة معروضة بعد» في «سنن أبي داود»(٢: ٦٣٣)، و«المعجم الكبير»(١٢: ٣٤٦)، وغيرها.

(٤) موانع الرجوع في الهبة عشرة، وهي:

١. إذا مات الواهب.
٢. إذا مات الموهوب له.
٣. إذا زاد الموهوب له فيها.
٤. إذا زادت الهبة في نفسها.
٥. إذا وهب لرجل جارية أو غلام فعلّمه الموهوب له القرآن أو الكتابة المشط أو القصارة أو الخبر ونحو ذلك.
٦. إذا عوضه عن الهبة عوضاً قليلاً كان أو كثيراً.
٧. إذا هلكت الهبة بوجه من الوجوه.

كبناء

كبناء[1]

الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في القيمة، كما في المذكور في «المتن»، وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك.

وإن زادَ من حيث السعر فله الرجوع؛ لأنَّ لا زيادةَ في العين، وكذا إذا زادَ في نفسِهِ من غير أن يزيدَ في القيمة، كما إذا طالَ الغلام الموهوب؛ لأنّه نقصان في الحقيقة، فلا يمنع الرجوع، ولو نقله من مكانٍ إلى مكان حتى ازدادت قيمتُهُ واحتاجَ فيه إلى مؤنةِ النقل عندهما: ينقطع الرجوعُ خلافاً لأبي يوسفَ ﷺ.

ولو وهبَ عبداً كافراً فأسلمَ في يد الموهوب له، أو وهبَ عبداً حلالَ الدم فعفى وليُّ الجناية وهو في يد الموهوب له لا يرجع، ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوبُ له لا يمنع الرجوع.

ولو علَّمَ الموهوبُ له العبدَ القرآن أو الكتابة أو الصنعة لا يمنعُ الرجوع؛ لأنَّ هذه ليست زيادةٌ في العين، وفيه خلافُ زفرٍ ﷺ، ويروى الخلاف بالعكس، ذكره العَيْنِي ﷺ(١)، والزَّيْلَعِيّ ﷺ(٢)، وغيرهما.

لكن قال قاضي خان ﷺ في «فتاواه»: ولو علّمَه القرآنَ أو الكتابةَ أو القراءة، أو كانت أعجميّة فعلّمَها الكلامَ أو شيئاً من الحروفِ لا يرجعُ الواهب في هبته لحدوثِ الزيادة في العين. انتهى.

ولو اختلفا في الزيادة فيكون القولُ للواهب؛ لأنّه ينكرُ لزومَ العقد، وقيَّدَ بالزيادة؛ لأنَّ النقصانَ لا يمنع، وقيَّدَها بالمتّصلة؛ لأنَّ المنفصلة لا تمنعُه كما ذكره الشارح ﷺ أيضاً، وفسَّرنا الزيادةَ بكونها في نفس الموهوب؛ لأنّها لو كانت في قيمته لا تمنع؛ لأنّها حينئذٍ لرغبة الناس إذا العينُ بحالها كما كانت فلا يمنع الرجوع.

[١]قوله: كبناء؛ على الأرض إذا كان يوجبُ زيادةً فيها، وإن كان لا يوجبُ لا

---

٨. إذا استهلكها الموهوب له.

٩. إذا أخرجها من ملكه ببيع أو هبة أو صدقة

١٠. هبة المرأة لزوجها وهبة الزوج لامرأته. ينظر: «النتف»(١ : ٥١٥ - ٥١٦).

(١) في «رمز الحقائق»(٢ : ١٨٧ - ١٨٨).

(٢) في «التبيين»(٥ : ٩٨ - ٩٩).

وغرس، وسمن، لا المنفصلة وموتُ أحدِ العاقدين

وغرس[١]، وسمن، لا المنفصلة)، وهي مثل الولد، (وموتُ أحدِ العاقدين[٢]

يمنع الرجوع، وإن كان يوجبُ في قطعةٍ منها بأن كانت الأرضُ كبيرة بحيث لا يعدّ مثله زيادةً فيها كلّها امتنعَ في تلك القطعة دون غيرها، ذكره العَيْنِيُّ ﷺ(١)، والزَّيْلَعِيّ ﷺ(٢)، وغيرهما، وقال في «الفتاوى السراجية»: إذا وهب أرضاً، فبنى الموهوب فيها بناءً، بطلَ الرجوع ولو زالَ البناءُ عادَ حقُّ الرجوع. انتهى.

[١]قوله: وغرس؛ أي غرسَ الشجرَ في الأرضِ الموهوبة، فإن وهبَ الآخرُ أرضاً بيضاءَ فأنبت في ناحية منها أو بنى بيتاً أو دُكّانا أو آريا، وكان ذلك زيادةً فيها فليس له أن يرجعَ في شيءٍ منها؛ لأنَّ هذه زيادةٌ متَّصلة. كذا في «الهداية»(٣).

ثمّ الموهوبُ له إن هدمَ الزيادة، وقلعَ الشجر وعادت كما كان، للواهب أن يرجعَ لزوالِ المانع. كذا في «الكفاية»(٤).

[١]قوله: لا المنفصلة؛ وهي مثلُ الولد، يعني لا تمنعُ الرجوعَ الزيادةُ المنفصلةُ كالولد والعقر والأرش، فإنّه يرجعُ في الأصلِ دون الزيادة؛ لإمكان الفصلِ بخلاف الردّ بالعيب، حيث يمتنعُ بزيادةِ الولد؛ لأنّه عقدُ معاوضة.

فلو ردَّ الأصل دون الزيادة لأدّى إلى الربا لسلامةِ الولد مجّاناً، وردّ الولد معها لا يمكن؛ لأنَّ العقد يردّ عليه، فبطل أصلاً، ورجع بالنقصان.

[٢]قوله: وموت أحد المتعاقدين؛ أي ويمنعُ الرجوعَ موتُ أحدِ المتعاقدين من الواهب والموهوب له؛ لأنَّ بموتِ الواهبِ يبطلُ خياره؛ لأنّه وصفٌ له، وهو لا يورثُ كخيار الرؤية والشرط، وبموتِ الموهوبِ انتقلَ الملكُ إلى ورثته، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب، فلا يرجعُ الواهبُ عليهم.

كما إذا انتقلَ إليهم في حالِ حياته، ولأنَّ تبدّل الملك كتبدّل العين، فصار كعينٍ أخرى، وإذا باتَ الواهبُ فوارثُه أجنبيٌّ عن العقد، إذ هو ما أوجبه، وحقُّ الرجوعِ

(١) في «رمز الحقائق»(٢: ١٨٧).

(٢) في «التبيين»(٥: ٩٨).

(٣) «الهداية»(٣: ٢٢٨).

(٤) «الكفاية»(٧: ٥٠٣).

وعوضٌ أضيفَ إليها

وعوضٌ أضيفَ إليها[1](1)

مجرّد خيارٍ كخيارِ الشرط فلا يورث، وهذا إذا كان بعد التسليم؛ لأنّه قبل التسليم بطلت؛ لعدم الملك. كما صرَّح به صاحبُ «المنح»(2)، وغيره.

[1]قوله: وعوض أضيف إليها؛ أي إلى الهبة، وكونه مانعاً عن الرجوعِ لما تقدَّم في الحديث من قوله ﷺ: «ما لم يثب عنها»(3)؛ ولأنّ ثبوتَ الرجوعِ في الهبةِ لخللٍ في مقصوده، وقد زالَ فصارَ كما إذا وجدَ المشتري عيباً في المبيعِ ثمّ زال.

ولا بدَّ أن يذكرَ لفظاً يعلمُ الواهبُ منه أنّ ذلك عوضُ هبته، كأن يقول: خذْ هذا عوضَ هبتك أو جزاءَ هبتك، أو بدلَ هبتك، أو في مقابلةِ هبتك، وإلى هذا أشار المصنّف ﷺ بقوله: بنحو خذه عوضَ هبتك، وإنّما تعيَّنَ لفظ يعلمُ الواهب منه أنّ ذلك عوض هبته؛ لأنَّ حقَّ الرجوعِ ثابتٌ له، ولا يسقطُ بعوضٍ لا يرضاه، فلا بُدَّ من إعلامِهِ بأنّ ذلك عوضُ هبته.

وقيَّدَ العوضَ بكونه مضافاً إلى الهبة؛ لأنّه لو لم يضفْه إليها بأن وهبَ الواهبُ شيئاً ولم يقل: هذا عوضُ هبتك أو نحوه، كان ذلك هبة مبتدأةً لا تعويضاً، فكان لكلٍّ واحدٍ منها الرجوع، وإلى هذا أشارَ المصنّف ﷺ بقوله: فلو وهبَ ولم يضف... الخ.

وفي «المبسوط»: سواء كان العوضُ شيئاً قليلاً أو كثيراً من جنسِ الهبة أو من غير جنسها؛ لأنّ هذه ليست بمعاوضةٍ محضة، فلا يتحقّقُ فيها الربا، وإنّما تأثيرُ العوضِ في قطعِ الحقّ في الرجوع؛ لتحصيلَ المقصود. ذكره في «الكفاية»(4)، وغيرها.

ويشترط في العوض شرائطُ الهبة من القبضِ والإفراز؛ لأنّه تبرّع، وليس بعوضٍ حقيقة؛ ولهذا يجوزُ بأقلّ من الموهوبِ من جنسه في المقدَّرات كما عرفت، وأن يكون من غيرِ مالِ الهبة، حتى لو كانت الهبةُ ألفَ درهم، والعوضُ درهمٌ منها، أو كانت

---

(1) ولا بد أن يذكر لفظاً يعلم الواهب منه أن ذلك عوض هبته، كأن يقول: هذا عوض هبتك، أو جزاؤها، أو بدلها، أو في مقابلتها. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٤١٥).

(2) «منح الغفار»(ق٢: ٢٢٣/أ).

(3) سبق تخريجه.

(4) «الكفاية»(٧: ٥٠٤).

ولو من أجنبي بنحو: خذْهُ عوضَ هبتِك فَقَبَضَ، فلو وهب ولم يضفْ رجعَ كلٌّ بهبتِه، وخروجُها عن ملك الموهوبِ لهم

ولو من أجنبي[1] بنحو: خذْهُ عوضَ هبتِك فَقَبَضَ، فلو وهب[2] ولم يضفْ رجعَ كلٌّ بهبتِه، وخروجُها[3] عن ملك الموهوبِ لهم

داراً والعوضُ بيتاً منها لم يوجدْ عوضُ الهبة، خلافاً لزفرَ ﷺ، له: إنّ ملكَ الموهوب له تمَّ في الهبة بالقبض، فالتحق بسائر أمواله.

ولنا: إنّ الواهبَ لم يقصد بهبته تحصيلُ ذلك البعض منها؛ لأنّه ذلك كان سالماً له، بل قصدَ إلى عوضٍ آخر، وإنّ حقّه من الرجوعِ كان ثابتاً في الكلّ، فإذا وصلَ اليه بعضه، لا يسقطُ حقّه في الباقي.

[1]قوله: **ولو من أجنبي**؛ إسقاطُ حقِّ الرجوعِ في التبرّع، فيصحُّ من الأجنبيّ كما يصحُّ من الموهوبِ له، كبدل الخلع والصلح.

[2]قوله: **فلو وهب**...الخ؛ يعني فلو وهبَ ولم يقل: خذْ عوضَ هبتك، يكون فعله هبة مبتدأة لا تعويضاً، فيشترطُ فيه ما يشترطُ في الهبةِ من القبض، ففي صورةِ عدم الإضافةِ لكلٍّ واحد منهما أن يرجعَ فيما وهب.

[3]قوله: **وخروجها**...الخ؛ أي ويمنعُ الرجوعَ عن الهبةِ خروجُ العينِ الموهوبة عن ملكِ الموهوب له بسببٍ من أسبابِ الملكِ كالبيع والهبة، فإنَّ الإخراجَ عن ملكِهِ وتمليكه لغيره إنّما حصلَ بتسليطه فلا يمكن نقضُ ما تمَّ من جهته.

على أنّ تبدّل الملك كتبدّل العين، فصارَ كعينٍ أخرى، فلا يرجع، أطلقَ في الخروج فشملَ ما إذا وهبَ لإنسانٍ دراهمَ ثم استقرضها منه؛ فلأنّه لا يرجعُ فيها أبداً؛ لأنّها صارت مستهلكة، وديناً على الواهب، وشملَ أيضاً ما إذا وهبها الموهوب له، فإنّه لا رجوعَ للواهبِ الأوّل، إلا إذا رجعَ الثاني، فللواهبِ حينئذٍ الرجوع، سواءً كان بقضاءٍ أو برضاء.

والسرُّ فيه: إنّ الرجوعَ في الهبةِ فسخٌ عند الكلّ، فإذا عادَ إلى الواهب الثاني ملكه، عاد بما كان متعلّقاً به وعلى قول زفر ﷺ: إذا كان الرجوعُ بغيرِ قضاءٍ لا يكونُ للواهبِ الأوّل أن يرجع لما عرفتَ أنّ الواهبَ إذا رجعَ في الهبة في مرضِ الموهوب له بغيرِ قضاءٍ يعتبرُ ذلك من جميعِ مال الموهوب له، أو من الثلث، فيه روايتان:

والزَّوجيةُ وقتَ الهبة ، فلو وَهَبَ لها فنكحَها رجعَ ، ولو وَهَبَ فأبانَ لا

والزَّوجيةُ[١] وقتَ الهبة ، فلو وَهَبَ لها فنكحَها رجعَ ، ولو وَهَبَ فأبانَ لا

ذكر ابن سماعة ﷺ في القياس : يعتبرُ من جميع ماله ذكره قاضي خان ﷺ في «فتاواه»، وشمل أيضاً ما لو وهبَ لمكاتَبِ إنسان، ثمَّ عجزَ المكاتَب، لم يرجع المالكُ في الهبة عند محمد ﷺ لانتقالها من ملكِ المكاتب إلى ملك مولاه، خلافاً لأبي يوسفَ ﷺ.

وذكر في «المنح»(١) نقلاً عن «المحيط»: لو تصدَّق به الثالث على الثاني أو باعها منه، لم يكن للأوّل أن يرجع ؛ لأنّ هذا ملكٌ جديد ؛ لأنّه عادَ إليه بسببٍ جديد، وحقُّ الرجوعِ لم يكن ثابتاً في هذا الملك، فلا يرجع. انتهى.

فأنت قد عرفت أنَّ العين الموهوبة إذا عادت إلى ملكِ الموهوب له بفسخٍ كان للأوّل أن يرجع، وإن كان بسببٍ جديدٍ فلا ؛ فلذا فسّرنا بقولنا : بسببٍ من أسبابِ الملك.

ثمَّ المعتبرُ في هذا الباب هو الخروجُ عن ملكه من كلِّ وجه، فلو ضحّى الموهوبُ بالشاة الموهوبة، أو نذرَ التصدّق بها، وصارت لحماً لا يمنع الرجوع في الهبة عند الطرفين ؛ لعدمِ الخروج عن الملك، وقال أبو يوسف ﷺ : إنَّ الرجوعَ ممتنع ؛ لأنّها خرجت عن ملكه إلى الله ﷻ. كذا في «المجتبى» وغيره.

[١]قوله : والزوجية...الخ ؛ يعني ويمنعُ الرجوعَ عن الهبة الزوجيةُ وقت الهبة، فلو وهبَ لأجنبيّة ثمّ تزوّجها جازَ له الرجوع عن تلك الهبة، ولو وهبَ لزوجته ثمّ أبانَها ليس له الرجوعُ في الهبة.

والوجه في هذا الباب : إنَّ الزوجيَّة نظيرُ القرابة، حتى يجري التوارثُ بينهما بلا حاجب، وتردّ شهادةُ كلٍّ منهما للآخر، ففي هبةِ كلٍّ واحدٍ منهما لا يكون المقصود إلا الصلة دون العوض، كما في القرابة المحرمية، وهو قد حصل، فبعد حصول المقصود لا يرجع، بخلاف ما إذا وهبَ لأجنبيّ، فإنَّ المقصودَ فيها هو العوض كما عرفتَ سابقاً، فيمكنُ له الرجوعُ عند فواته.

(١) «منح الغفار»(ق٢ : ٢٢٤/أ).

وقرابةُ المحرميَّة

وقرابةُ المحرميَّة[1]

قال البِرْجَنْدِيُّ: إنه كان القياسُ فيما إذا زالت الزوجيَّة إن ثبتَ حقّ الرجوعِ للزوجين، كما إذا بنى في الدار الموهوبةِ وأبطلَ القاضي الرجوعَ بسبب البناء، وهدمَ البناء وعادت كما كانت، فله الرجوع. صرّح به في «الخزانة».

وإنّما لاُ يثبتُ حقّ الرجوع؛ لأنَّ الغرض من هبةِ أحد الزوجين للآخر هو صلته كما في القرابة، وقد حصل هذا المقصود في الصورة المذكورة، وبزوال الزوجيّة لا ينقض المقصود الذي قد حصل؛ فلهذا لا يثبت الرجوع.

[1]قوله: **وقرابة المحرميّة**؛ يعني ويمنعُ الرجوعَ عن الهبةِ قرابةُ المحرميّة لما روينا من حديث عمرَ ﷺ: «مَن وهبَ هبةً لذي رحم فليس له أن يرجعَ فيها...»[1] الحديث.

ولأنَّ المقصودَ من هذه الهبةِ هوُ صلة الرحم، وقد حصل، وفي الرجوع عنها قطيعة الرحم، وهي ممنوع عنها، فلا يرجع سواء كان ذو الرحمِ مسلماً أو كافراً ذميّاً أو مستامناً.

فإن وهبَ لمحرمٍ بلا رحمٍ كأخيه من الرّضاعِ وأمّهات النساء والربائب وأخيه وهو عبد لأجنبي، أو لعبدِ أخيه رجعَ في هبتِهِ عند الإمام؛ لأنَّ الملكَ لم يقع فيها للقريب من كلّ وجه، بدليل أنَّ العبدَ أحقّ بما وهبَ له إذا احتاجَ إليه، وقالا: لا يرجع في الأولى، ويرجع في الثانية.

ولو كان العبدُ ومولاهِ ذا رحم محرمٍ من الواهبِ فلا رجوعَ فيها للواهبِ اتّفاقاً على الأصحّ؛ لأنَّ الهبةَ لأيهما وقعت تمنعُ الرجوع. نقله صاحب «المنح»[2] عن «المبسوط».

وقال قاضي خان في «فتاواه»: لو وهبَ لأخيه ولأجنبيٍّ شيئا فقبضاه كان له أن يرجع. انتهى. والظاهرُ أنّه يعني في نصيب الآخر، فإنَّ القرابةَ مانعةٌ اتّفاقاً، وإن شئتَ

---

(١) فعن عمر ﷺ: «من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها» في «الموطأ»(٢: ٧٥٤)، و«مشكل الآثار»(١١: ٢٠١)، و«السنن الصغير»(٥: ١٠٥)، وغيرها.

(٢) «منح الغفار»(ق٢: ٢٢٤).

وهلاكُ الموهوب وضابطُها حروف دمع خزقه

وهلاكُ الموهوب[١] وضابطُها حروف دمع خزقه[٢]) : قد قيل[٣]:

زيادةَ التفصيلِ فارجع إلى المبسوطاتِ من الشروح والفتاوى.

[١]قوله: **وهلاك الموهوب**؛ يعني ويمنع الرجوع عن الهبةِ هلاك الموهوب؛ لأنَّ الرجوعَ في شيءٍ يستدعي قيامَ الرجوع فيه، وهلاكه ينافيه، فقد تعذَّرَ الرجوعُ لكون الموهوبِ غير مضمونٍ على الموهوبِ لهز

ولو ادّعى الموهوب له الهلاك صُدِّقَ بلا حلف؛ لأنّه منكرٌ لوجوبِ الردّ عليه، فأشبه المودَع، ولو قال الواهب: هي هذه العين، حلف المنكر أنّها ليست هذه، كما يحلفُ الواهبُ أنَّ الموهوب له ليس بأخيه إذا ادّعى الأخ ذلك؛ لأنّه يدّعي سبب النسبِ وهو المال، فكان المقصودُ إثباته دون النسب، ولو كان المقصودُ النسبَ لا يجري فيه اليمينُ عند الإمامِ كما تقرّر في موضعه.

[٢]قوله: **حروف دمع خزقه**؛ قال البِرْجَنْدِيُّ: هذا التركيبُ لمجرَّد الضبط، ليس له معنى يعتدُّ به، وغايةُ ما يتكلَّفُ أن يكونَ مع مرفوع بالابتداء، والجملة خبره، في «الصحاح»: خزقتهم بالنبل: أي أصبتهم بها، فالمعنى أصابه دمع. انتهى.

قال في «المصباح المنير»(١): خزقه خزقاً من باب ضرب: طعنَهُ وخزَقَ السَّهمُ القِرْطاس: نفذ منه، فهو خارق، وجمعه خوازق. انتهى. وكأنّه شبّه الدمعَ بالسنان.

وقال القُهُسْتَانِيُّ في «شرح النُّقاية»(٢): ولها ضوابطُ أخر: كخزع قدمه، وقغز خدمه، وزعق خدمه، يقال خزع فلان؛ أي تخلّف، والعزّ كالعزة، كالخدم بفتحتين جمع خادم، وزعق بالكسر صاح. انتهى.

[٣]قوله: **قد قيل**: قيل: هو من نظمِ الإمام النَّسَفِيِّ ﷺ، وقيل: لغيره، وقد نظمَ

---

(١) «المصباح المنير»(ص١٦٨).

(٢) «جامع الرموز»(٢ : ٦٤).

ورجعَ في استحقاقِ نصفِ الهبةِ بنصفِ عوضِها

يا صاحبي حروف دمع خزقه ومانعٌ عن الرُّجُوع في الهبة

فالدَّالُ: الزِّيادة، والميمُ: الموت، والعينُ: العوض، والخاءُ: الخروج، والزَّاء: الزَّوجية، والقافُ: القرابة، والهاء: الهلاك.

(ورجعَ[1] في استحقاقِ نصفِ الهبةِ بنصفِ عوضِها

شيخُ الإسلام محيي الدين ﷺ والد العلامةِ الزحيلي ﷺ هكذا:

منع الرجوع من المواهب سبعة فزيادة موصولة موت عرض

وخروجها عن ملك موهوب له زوجية قرب هلاك قد عرض

والحاصل أنَّ هذه الأشياءَ السبعةَ تمنعُ الرجوعَ عن الهبة، وقال في «خزانة الفقه»: اثنا عشرَ شيئاً ينقطعُ به حقُّ الرجوعِ إذا كان الموهوبُ له ذا رحمٍ محرم منه، أو كانت زوجته، أو كان زوجها، أو كان أجنبيّا، وعوضها وقال: خذ هذا عوض هتك أو بدلاً عنها، أو جزاء عنها، أو مكافأة عنها، أو في مقابلها، أو ماتَ أحدهما أو خرجَ عن ملكه.

أو زادَ فيها زيادة متَّصلة بأن كان عبداً صغيراً فكبر، أو كان مهزولاً فسمن، أو كان أرضاً فبنى فيها، أو كان ثوباً فخاطَه أو صبغَه صبغاً يزيد، أو غيره بأن كان حنطةً فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، أو سويقاً فلّته بسمن، أو كان لبناً فاتّخذه جبناً أو سمناً، أو كانت جاريةً فعلَّمَها القرآن والكتابة والمشط.

وتسعةُ أشياءٍ لا ينقطعُ به حقُّ الرجوع: إذا زادت قيمتُهُ أو ولدت الموهوبةُ يرجعُ في الأمِّ دون الولد، أو أثمرت الشجرة يرجعُ في الشجرِ دون الثمر، أو كان ثوباً فقطعه ولم يخطه، أو كان داراً فانهدمَ شيءٌ منها، أو وهبَ لبني عمّه أو في مرضِهِ لورثتهز

ثمَّ ماتَ الواهب عقبه فلورثته الرجوع، أو وهبَ لأخيه ولأجنبي عبداً يرجع في نصيبِ الأجنبي، أو استحقَّ العوضَ يرجعُ في الهبة، أو استحقَّ الهبةَ رجع في العوض. انتهى. والتأويلُ في الموانع المذكورةِ ممكن فتفكّر.

[1]قوله: ورجع...الخ؛ يعني إنّ الموهوبَ له إذا عوض فاستحقَّ نصفَ الهبة رجع بنصفِ العوض، فإنَّ نصفَ العوضِ عوضٌ عن نصفِ الهبة، فلمّا لم يسلّم له نصفَ

لا في استحقاقِ نصفِ العوضِ حتى يَرُدَّ ما بقي، ولو عَوَّضَ

لا في[1] استحقاقِ نصفِ العوضِ حتى يَرُدَّ ما بقي)، هذا عندنا، وعند زُفَرَ ﷺ[2] يرجعُ بالنِّصف اعتباراً بالعوضِ الآخر.

ولنا[3]: أنّه ظَهَرَ بالاستحقاق أنَّ العوضَ هو الباقي فقط، فما لم يردَّه لا يرجعُ بالهبة، وإنّما يكونُ له حقُّ الرَّدّ؛ لأنّه لم يُسقطْ حقَّ الرُّجُوع إلاّ أن يسلّمَ له كلَّ العوض، ولم يسلّم.

(ولو عَوَّضَ[4]

الهبةِ يرجعُ بنصفِ العوضِ كما في البيع.

[1]قوله: لا في...الخ؛ يعني لا يرجعُ الواهبُ إذا استحقَّ نصفَ العوضِ بشيء، وحتى يردّ باقيه.

[2]قوله: وعند زفر ﷺ...الخ؛ يعني إنّ زفرَ ﷺ ذهب إلى أنَّ الواهبَ يرجعُ بنصفِ الموهوب اعتباراً بالعوض الآخر، وهو الموهوب، فإنّه لو استحقَّ نصفه يرجعُ بنصفِ العوض؛ لأنَّ كلّ واحدٍ منهما يصيرُ مقابلاً بالآخر، كما في بيعِ العرض، فإنّه إذا استحقَّ نصف أحدهما يكون للمستحقّ عليه أن يرجعَ على صاحبِه بنصفِ ما يقابله.

[3]قوله: ولنا...الخ؛ تقريرُهُ: إنَّ الباقي من العوضِ يصلحُ عوضاً للكلّ في الابتداء، وما يصلحُ عوضاً عن الكلّ في الابتداءِ يصحُّ أن يكون عوضاً عنه في البقاء؛ لأنَّ البقاء أسهلُ من الابتداء.

وباستحقاقِ نصفِ نصف العوضِ ظهرَ أنَّ العوضَ هو الباقي فقط، إلا أنّه يتخيّر بين أن يردَّ ما بقيَ من العوضِ ويرجعَ في الهبة، وبين أن يمسكَه ولا يرجعُ بشيء؛ لأنَّ الواهبَ لم يسقطْ حقّه في الرجوعِ إلا ليسلّم له كلّ العوض، ولم يسلّم له، فله أن يردَّ ما بقي من العوض.

[4]قوله: ولو عوّض...الخ؛ أي ولو عوَّضَ عن نصفِ الهبةِ فللواهب أن يرجعَ بما لم تعوض؛ لأنَّ المانعَ قد خصّ النصف، غايةُ ما فيه أنّه يلزمُ منه الشيوعُ في الهبة، لكنّه صار فلا يضرّه.

وذكر صاحب «المنح» نقلاً عن «المجتبى»: إنَّ العوضَ المانع من الرجوع هو المشروطُ في عقدِ الهبة، أمّا إذا عوّضه بعده فلا، ولم أرَ مَن صرّح به غيره. انتهى. وإن

نصفَها رجعَ بما لم يعوِّض، فلو باعَ نصفَها أو لم يبعْ شيئاً، رجعَ في النِّصف، ولا يصحُّ إلا بتراضٍ أو بحكمِ قاضٍ، فلو أعتقَ الموهوبُ له بعد الرُّجوعِ

نصفَها رجعَ بما لم يعوِّض، فلو باعَ نصفَها[1] أو لم يبعْ شيئاً، رجعَ في النِّصف)، يعني إن باعَ الموهوبُ له نصفَ الهبة، فللواهبِ أن يرجع في النِّصفِ الباقي، وكذا إذا لم يبعْ شيئاً، فللواهبِ حقُّ الرُّجُوع؛ لأنَّ له الرُّجوعَ في الكلّ، ففي النِّصفِ أولى.

(**ولا يصحُّ[2] إلا بتراضٍ أو بحكمِ قاضٍ، فلو أعتقَ الموهوبُ له بعد الرُّجوع**

شئت التفصيل فارجع إلى «الفتاوى الهندية» فإنَّ فيها شفاء للعليل.

[1]قوله: **فلو باعَ نصفها**...الخ؛ حاصلُهُ: أنَّ الموهوبَ له إذا باعَ نصفَ الهبةِ يرجع الواهبُ في النصفِ الباقي، كما إن لم يبعْ منها شيئاً، فإنّه إذا لم يبعْ منها شيئاً كان للواهبِ أن يرجعَ في النصفِ ويتركَ النصف؛ لأنَّ له حقُّ الرجوعِ في الكلّ، فله أن يستوفيه إن شاء، وإن شاءَ استوفى نصفه.

وكذا له أن يتركَ الكلَّ إن شاء، وإن شاء ترك النصف، فكذا إذا باع نصفَها له أن يأخذ نصفَها الباقي؛ لأنَّ المانع وهو العوض لم يوجد إلا في النصف، فيتعذّرُ الامتناعُ بقدره، بل أولى؛ لأنّه لّما جازَ الرجوعُ في النصفِ مع إمكانِ الرجوعِ في الكلّ، فأولى أن يجوزَ عند العجز.

[2]قوله: **ولا يصح**...الخ؛ يعني لا يصحُّ الرجوعُ عن الهبة إلا بتراضي الواهب والموهوب له، أو بحكمِ الحاكم؛ لأنَّ ملكَ الموهوب له ثابتٌ في العين، فلا يخرجُ عن ملكه إلا بالرضاءِ أو القضاء؛ ولأنَّ الرجوعَ أمرٌ مختلفٌ بين العلماء كما بيّنا سابقاً.

وفي أصله ضعف؛ لأنّه ثابتٌ بخلافِ القياس؛ لكونه تصرُّفاً في ملك الغير، ويكون في حصول المقصودِ وعدمه خفاء؛ لأنَّ المقصودَ إن كان الثوابُ فهو قد حصل، وإن كان العوض الدنيويّ فلم يحصل، فإذاً تردّ ولا بدّ من الفصلِ بالرضاء أو بالقضاء.

فإنّ الرجوعَ فسخُ العقد، فلا يصحُّ إلا ممّن له ولايةٌ عامّة وهو القاضي، أو منهما لولايتهما على أنفسهما، كالردّ بالعيبِ بعد القبض، فلم يقضِ القاضي أو يتفاسخاها بالتراضي، ملكُ الموهوبِ له ثابتٌ في العين حتى ينفذَ تصرُّفَه فيه من عتقٍ وبيعٍ وغير ذلك، ولو كان بعد المرافعة إلى الحاكم.

قبل القضاءِ صحَّ، ولو منعَه ، فهَلَكَ لم يضمن؛ وهو مع أحدِهما

قبل القضاءِ صحَّ): أي أعتقَ الموهوبُ له الموهوبَ ، (ولو منعَه ، فهَلَكَ لم يضمن) : أي منعَ الموهوبُ له الموهوب عن الواهبِ بعدما رجع لكن لم يقضِ القاضي فهلكَ الموهوبُ في يدِ الموهوب له لا يضمن ، وكذا إن هَلَكَ في يدِه بعد قضاء القاضي ؛ لأنَّ يدَه غيرُ مضمونة ؛ إلاَّ إذا طلبَه فمنعَه مع القدرة على التَّسليم.

(وهو مع أحدِهما[1]) : أي الرُّجوعُ مع التَّراضي ، أو قضاءِ القاضي

[1]قوله: وهو مع أحدهما...الخ ؛ يعني أنّ المرجوع إذا كان بتراضيهما أو بقضاءِ القاضي يكون فسخاً من الأصلِ لا هبة للواهب ، وقال زفر ﷺ: الرجوعُ بالتراضي عقدٌ جديد ، فيجعلُ بمنزلةِ الهبةِ المتبدأة ؛ لأنَّ الملكَ عادَ إليه بتراضيهما ، فأشبه الردّ بالعيب ؛ ولهذا لو ردّه في مرضِ موتِه يعتبرُ من الثلث.

ولنا : إنّ عقد الهبة انعقد موجباً حقّ الفسخ للواهب ، وهو بالفسخِ يكون مستوفياً حقاً ثابتاً له بالعقد ؛ لأنّ العقدَ وقع غير لازم ، فإذا رفعَ رجعَ إليه عين ملكه كالعارية ، فيكون فسخاً في حقِّ الكلّ ، فلا يمكن أن يجعل هبةً مبتدأة.

ولهذا لا يشترطُ فيه قبضُ الواهب ، ويصحُّ في الشائعِ بخلافِ الردِّ بالعيب بعد القبض ؛ لأنَّ حقّه فيه وصفُ السلامة لا في الفسخ ؛ ولهذا لو زالَ العيبُ امتنعَ الردّ ، لوصولِ حقّه إليه ، لكن إذا لم يكن سليماً فات رضاه ، فيرجعُ بالعوض ، ويلزم منه فسخ العقدِ ضرورةً من غير أن يثبتَ حقّه في الفسخ.

فإذا لم يكن له حقّ في الفسخِ لم يصر مستوفياً حقّه ، فيكون ملكاً مبتدأ ضرورة ، غير أنّه إذا حكم القاضي بالردّ عند عجزه عن التسليمِ حقّه جعلناه فسخاً لعمومِ ولايته ، ولا كذلك المتعاقدان ؛ لأنّه لا دية لهما إلا على أنفسهما.

وإنّما اعتبرَ ردّه في المرضِ من الثلث ؛ لأنَّ حقَّ الورثةِ تعلّق بجميع ماله ، فلا يقدرُ أن يبطله باختياره ، وإن أبطلَه ردَّ عليه كيف ما كان استحساناً ، وفي القياس أن يردّ ، ذكره ابن سماعة ﷺ. كذا في «التبيين»(1) ، وغيره.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٥ : ١٠١ - ١٠٢).

فسخٌ من الأصلِ لا هبةٌ للواهب، فلم يشترطْ قبضُه، وصحَّ في المشاع، فإن تَلِفَ الموهوبُ، فاستحقَّ فضمِنَ الموهوبُ له لم يرجعْ على واهبِه، وهي بشرطِ العوضِ هبةٌ ابتداءً، فشرط قبضِهما في العوضين، وتبطلُ بالشُّيُوع

(**فسخٌ من الأصلِ**[١] **لا هبةٌ للواهب، فلم يشترطْ قبضُه، وصحَّ في المشاع**[٢].

فإن تَلِفَ الموهوبُ): أي في يدِ الموهوبِ له، (**فاستحقَّ فضمِنَ الموهوبُ له لم يرجعْ على واهبِه**)؛ لأنَّ الهبةَ[٣] عقدُ تَبَرُّع، فلا يستحقُّ فيها السَّلامة.

(**وهي بشرطِ العوضِ هبةٌ ابتداءً**(١)، **فشرط قبضِهما في العوضين، وتبطلُ بالشُّيُوع**): أي يجوزُ أنّ يكون: قبضهما؛ من باب إضافةِ المصدرِ إلى الفاعل، والمفعولُ محذوفٌ للدَّلالة، ويجوزُ أن يكونَ على العكس

[١]قوله: **فسخ من الأصل**؛ اعلم أنّ مرادَهم بالفسخِ من الأصل: هو أن لا يترتّب على العقد أثرٌ في المستقبل، لا أن يبطل أثره من كلّ وجهٍ فيما مضى، وإلاّ مفاد الزوائد المنفصلة المتولّدة ترجعُ إلى ملك الواهب برجوعه، ويحرمُ انتفاعُ المشتري بالمبيع قبل الردّ إذا ردّ بعيبٍ بقضاء، وليس كذلك. كذا في «جامع الفصولين»، والتفصيل في «فتاوى قاضي خان»، وغيره من المبسوطات.

[٢]قوله: **وصحَّ في المشاع**؛ أي وصحَّ الرجوعُ في المشاعِ الذي يحتمل القسمة، بأن وهبَ وأراد الرجوعَ في نصفها؛ لأنَّ اعتبارَ القبضِ ومنع المشاع إنّما يكون في انتقالِ الملكِ لا في عود الملكِ القديم.

[٣]قوله: **لأنَّ الهبة...الخ**؛ تقريره: إنَّ الهبةَ عقدُ تبرُّع لا عقدُ معاوضة، فلا يستحقُّ فيها السلامة؛ لعدمِ لزومها لا صراحةً ولا دلالة، أمّا صراحةً فظاهر.

وأمّا دلالةً فلأنَّ دلالةَ الالتزامِ في المعاوضةِ سلامةُ البدلِ له، وهذا المعنى معدوم هاهنا، والموهوب له غيرُ عاملٍ للواهب، بخلافِ المودَع؛ فإنّ الوديعةَ إذا هلكت في يدِه واستحقّها مستحقٌّ وضمنه فإنّه يرجعُ على المودع؛ لأنَّ المودَع عاملٌ له.

---

(١) هذا إذا ذكره بكلمة: على؛ بأن يقول وهبت هذا العبد لك على أن تعوضني هذا الثوب، وأما إذا ذكره بحرف الباء بأن يقول وهبت لك هذا الثوب بعبدك هذا أو بألف درهم، وقبله الآخرُ يكون تبعاً ابتداءً وانتهاءً. ينظر: «درر الحكام»(٢: ٢٤٤).

بيعٌ انتهاءً، فيردُّ بالعيب، وخيار الرُّؤية، وتثبت الشُّفعة

(بيعٌ انتهاءً[(١)]، فيردُّ بالعيب، وخيار الرُّؤية، وتثبت الشُّفعة)، هذا[١] عندنا، وعند زُفَرَ والشَّافِعِيِّ ﷺ[(٢)] هي بيعُ ابتداءً وانتهاء؛ لأنَّ الاعتبارَ للمعاني[٢].

قلنا[٣]: يشتمل على المعنيين، فيجمعُ بينهما ما أمكن.

فإن قلت: إنَّ الواهبَ قد غرَّ الموهوبَ له في صورةِ كون الموهوبِ مستحقّاً بإيجابِ الملكِ له في المحلِّ المذكور، والغرورُ يوجبُ الضمان، كالبائع إذا غرَّ المشتري.

قلنا: إنَّ الغرورَ في ضمنِ عقد المعاوضةِ يكون سبباً للرُّجوعِ لا في ضمنِ غيره؛ ولذا [في] ولد المغرورِ يرجعُ بقيمةِ الولد على البائع، وإن لم يوجد المعاوضةُ في الولدِ ولم يعمل للبائع، ولكنه مغرورٌ في ضمن المفاوضة، فيصلحُ سبباً للضمان؛ لأنَّ المعاوضةَ عقدُ ضمان، فما كان مع ضمانِهِ جازَ أن يكون سبباً للضَّمان؛ لأنَّ المتضمّن له حكمُ المتضمّن، وهاهنا ليس كذلك، فإنَّ الغرورَ ليس في ضمنِ عقدِ المعاوضة.

[١]قوله: هذا...الخ؛ ذكر الشُّمُنِّيّ في «كمال الدراية» نقلاً عن «جامع المَحْبُوبيّ»: هذا إذا ذكرَ بكلمة: على؛ أمّا لو ذكرَ بحرف: الباء؛ بأن قال: وهبتك هذا الثوب بألفِ درهم، وقبله الآخر يكون بيعاً ابتداءً وانتهاءً بلا خلاف. انتهى.

وفيه أيضاً[(٣)]: لو وهبَ الأبُ مال طفلهِ بعوضٍ لم يجزْ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ؛ لأنّه تبرُّع ابتداء، وهو لا يملكُ التبرُّع بماله، وجازَ عند محمّد ﷺ؛ لأنّه بيعٌ معنىً وانتهاءً، حتى لو تقابضا صحَّ العقد، وصار في حكمِ البيع، فيردُّ بالعيب وخيارِ الرؤية. انتهى.

[٢]قوله: لأنَّ الاعتبارَ للمعاني؛ تقريره: إنّ في هذا العقد معنى البيع، وهو التمليكُ بعوض، والعبرةُ في العقودِ للمعاني دون الألفاظ، ألا ترى أنَّ الكفالةَ بشرطِ براءةِ الأصيلِ حوالة، والحوالةُ بشرطِ مطالبةِ الأصيلِ كفالة، وهبةُ الدين لَمن عليه إبراء، وبيعُ العبد من نفسه إعتاق، وهبةُ المنفعة بالعوض إجارة، والإعارةُ بعوض إجارة.

[٣]قوله: قلنا...الخ؛ تقريره: إن عقد الهبة بعوض يشتمل جهة الهبة لفظاً وجهة

---

(١) أي في انتهاء العقد بعد التقابض. ينظر: «الدر المنتقى»(٢: ٣٦٤).

(٢) ينظر: «التنبيه»(ص٩٤)، و«النكت»(ص٦٧٧)، وغيرهما.

(٣) «كمال الدراية»(ق٤٥٢).

....

فإن قلت[1]: الهبةُ تمليكُ العينِ بلا عوض، والبيعُ تمليكٌ بعوض، فكيف يجمعُ بينهما، وأيضاً التَّمليكُ لا يجري فيه الشَّرط، فقولُهُ: وهبتُ لك هذا على أن تَهَبَ لي ذلك، صارَ بمعنى ملكتُكَ هذا بذلك.

قلت[2]: يحملُ على معنيين في حالين: كالابتداء والبقاء، والتمليكُ لا يجري

البيع معنى، والقاعدةُ أنّ إعمال الشبهين ولو بوجهٍ أولى من إهمال أحدهما، فلا محالةَ أن يجمعَ بينهما بقدر الإمكانِ عملاً بالشبهين، فيكون ابتداءَ هذا العقدُ معتبراً بلفظِه، فيجري فيه أحكامُ الهبة، وانتهاؤه معتبرٌ بمعناه.

فيجري فيه أحكامُ البيع، كما أنَّ الهبةَ في مرضِ الموت ظاهرها تمليكٌ في الحالِ تبرّعاً، ومعناها معنى الوصية، لما فيه من إبطال ما تعلّق به حقّ الورثة، فيعتبرُ ابتداؤه بلفظِهِ حتى يشترطَ فيه القبض، ويبطلُ الشيوعُ فيما يحتمل القسمة، ويوجب الملك عند القبض.

ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى كان نفاذه من الثلث بعد أداءِ الدَّين، بخلافِ المسائل المستشهد بها، فإنَّ العملَ فيها بالمعنيين غير ممكن للتضادّ بين الحكمين، فتعيَّن إلغاء اللّفظ والعمل بالمعنى.

[1]قوله: **فإن قلت**...الخ؛ حاصله: إنَّ الجمع بين المعنيين هاهنا غير ممكنٍ بوجهين:

الأوّل التضادّ، فإنَّ الهبةَ تمليكُ العينِ بلا عوض، والبيعُ تمليكُ العينِ بعوض، فلا يمكنُ اعتبارهما معاً في محلٍّ واحد.

والثَّاني: إنّ هذا العقدَ مشروطٌ بعوض، والتمليكُ لا يجري فيه الشرط، فقولُ الواهب: وهبتُ لك هذا على أن تهبَ لي ذلك، يكون في حكم معنى: ملّكتك هذا بذلك، فيصير بيعاً.

[2] قوله: **قلت**: امتناعُ اعتبارِ المتضادَّين مطلقاً ممنوع؛ نعم يمتنعُ في محلٍّ واحدٍ في حالةٍ واحدة، وهاهنا ليس كذلك، فإنَّ التمليكَ بلا عوض وبعوضٍ يعتبرُ فيما نحن بصدده في حالتين، وهما الابتداء والانتهاء، وهذا ليس بممتنع، ألا ترى أنَّ السوادَ يعتبرُ في الجسم في حالة، وحالة يعتبرُ البياض فيه.

فيه شرطٌ يصيرُ به قماراً، فأمّا الشَّرط الذي يصيرُ به في المالِ عوضاً صحيحاً، فالتَّمليكُ لا ينافيه، فيكون شرطاً ابتداءً اعتباراً للعبارة حتَّى لا يَصيرَ كالبيع لازماً قبل القبض، لكنَّهُ شُرِطَ بمعنى العوضِ اعتباراً لما يؤول إليه حتَّى يتوفَّرَ عليه أحكامُ البيع حالة البقاء لا في الابتداء[1].

وعدمُ جريان الشرطِ في التمليك مطلقاً ممنوع أيضاً، نعم لا يجري فيه شرطُ يصيرُ به قماراً، وهاهنا ليس كذلك، فإنَّ الشرطَ الذي يصيرُ به في المال عوضاً صحيحاً لا ينافيه التمليك، فيكون شرطُ ابتداءٍ حفظاً لكلام العاقلِ البالغ عن إلغاءه، حتى لا يصير به كالبيع لازماً قبل القبض، لكنّه شرط بمعنى العوض اعتباراً لما يؤول إليه، حتى ينفذ عليه أحكامُ البيعِ حالةَ البقاءِ لا في الابتداء.

(١) حاصله: إن معنى كونها تمليكاً بلا عوض كونها تمليكاً بلا شرط عوض لا بشرط عدم العوض، فلا ينافي كونه بيعاً، وأيضاً: إن الشرط المنافي للتمليك شرط فيه معنى الربا أو القمار لا مطلق الشرط، حتى لو قال: بعت هذا منك على أن يكون ملكاً لك صحَّ البيع، فيكون ما نحن فيه شرطاً ابتداءً نظراً إلى العبارة حتى لا يصير كالبيع لازماً قبل القبض وشرطاً بمعنى العوض نظراً إلى ما يؤول إليه حتى توفر أحكام البيع حالة البقاء. ينظر: «الدرر»(٣: ٢٢٤).

فصل

ومَن وهبَ

فصل[1]

(ومَن وهبَ[2]

[1]قوله: فصل؛ هذا فصلٌ في بيانِ مسائل متفرّقة، لّما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلّقة بالهبةِ بنوعٍ من التعلق، وصارت بمنْزلةِ مسْائل شتى ذكرها في فصل على حدة.

[2]قوله: ومَن وهب...الخ؛ يعني مَن وهب من رجلٍ أمَةً إلا حملها، أو وهبها على شرط أن يردَّها الموهوبُ له على ذلك الواهب، أو على شرطِ أن يعتقَها الموهبُ له، أو على شرطِ أن يتَّخذَها أمّ ولد، أو وهبَ من رجلٍ داراً وتصدّق بها على شرطِ أن يردَّ الموهوبَ له على الواهبِ بعضها، أو على أن يعوّضه شيئاً منها صحّت الهبة، وبطل الاستثناء والشرط.

أمّا في صورةِ الاستثناء؛ فلأنَّ الاستثناءَ لا يعمل إلا فيما يصحُّ إفراده بالعقد، والهبةُ لا تعمل في الحملِ قصداً؛ لأنَّ ما في البطنِ ليس بمال، ولا يعلم وجوده حقيقة، فانقلبَ الاستثناءُ شرطاً فاسداً؛ لأنّ اسم الأمةِ يتناولُ الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها.

فلمّا استثنى الحمل كان الاستثناءُ مخالفاً لمقتضى العقد، وهو معنى الشرط الفاسد، والهبةُ لا تبطلُ بالشروط الفاسدة؛ لأنَّ الملكَ في الهبةِ معلّق بفعلٍ حسّي وهو القبض، والفعلُ الحسيّ لا يبطلُ بالشرطِ الفاسد، بل الشروط هاهنا تبطلُ بنفسها.

وأمّا فيما عدا الاستثناء؛ فلأنّ هذه الشروط تخالفُ مقتضى العقد، فإنَّ مقتضى العقد ثبوتُ الملكِ مطلقاً بلا توقيت، فإذا شرطَ عليه الردَّ أو الإعتاق أو غير ذلك تقيَّدَ بها، فهذه الشرطُ يكون فاسداً، والهبةُ لا تبطل بها.

ألا ترى أنّ جواز العمرى وبطلان شرط المعمر ثابتٌ بما أخرجه أبو داود، والنَّسَائيّ عن جابر ﷺ: إنَّ النبيّ ﷺ قال: «من أعمر عمرى فهي له ولعقبه يرثها من يرث من عقبه»[1].

---

(1) في «سنن أبي داود»(3: 294)، و«سنن النسائي»(5: 133)، وغيرها.

أمةَ إلاّ حملَها، أو على أن يردَّها عليه أو يعتقَها، أو يستولدَها، أو وَهَبَ داراً، أو تصدَّقَ بها على أن يردَّ عليه شيئاً منها

أمةَ إلاّ حملَها[1]، أو على أن يردَّها عليه[2] أو يعتقَها، أو يستولدَها، أو وَهَبَ داراً، أو تصدَّقَ بها على أن يردَّ عليه شيئاً منها

ولأنَّ الشرطَ الفاسدَ في معنى الربا؛ لأنّه لمّا قوبلَ المبيع بالثمن خلا الشرط عن العوض، وفيه منفعةٌ لأحدِ المتعاقدين أو للمعقود عليه، وهو من أهل الاستحقاق، وهذا هو الربا، والشرط الفاسد إنّما يعملُ في المعاوضات لا في التبرّعات، والهبة ليست إلا من التبرّعات.

[1]قوله: **أمة إلا حملها**؛ وعند أحمد وأبي ثور ﷺ: يصحُّ الهبةُ في الأمّ دون الولد، ولا يبطل الاستثناء؛ لأنه تبرُّعٌ بالأمّ دون الولد، فأشبه العتق واستثناء الولدِ المنفصل.

والجواب: إنَّ الحمل كالجزء والأطراف من الرجل واليد، فلا تصحُّ الهبةُ بدونه، بخلاف الولد المنفصل، وما ذكر من العتقِ ممنوعٌ عندنا، واعلم أنّ ما في البطن ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

١. قسمٌ يجوزُ فيه التصرّفُ ويبطلُ الاستثناء، كالهبةِ والنكاحِ والخلع والصلحِ عن دم العمد؛ لأنّ هذا الاستثناءَ شرطٌ فاسد، وهذه العقود لا تبطلُ بالشروط الفاسدة.
٢. وقسمٌ لا يجوزُ أصلُ التصرّف كالبيع والإجارةِ والرهن؛ لأنَّ هذه العقودَ تبطل بالشروطِ الفاسدة.
٣. وقسمٌ يجوزُ التصرُّف والاستثناء جميعاً: كالوصيّة؛ لأنّ إفرادَ الحملِ بالوصيةِ جائز، فكذا استثناؤها[1].

[2]قوله: **أو على أن يردّها عليه**؛ شيئاً ولا يتوهّم التكرار في قوله: على أن يردَّ عليه شيئاً منها، وقوله: يعوّضه شيئاً منها؛ لأنَّ الردَّ عليه لا يستلزمُ كونه عوضاً، فإنّ كونه عوضاً إنّما يكون بألفاظٍ مخصوصة.

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٥٢).

أو يعوضَه شيئاً منها، صحَّتْ ويطلَ استثناؤه وشرطُه، ولو أعتقَ الحمل، ثُمَّ وهبَها صحَّتْ، ولو دبَّرَه، ثُمَّ وهبَها لا، ولو دبَّرَه، ثُمَّ وهبَها لا، ومَن قال لغريمِه: إذا جاءَ غدٌ فهو لك، أو أنت منه بريء، فهو باطل

أو يعوضَه شيئاً منها[1]**، صحَّتْ ويطلَ استثناؤه وشرطُه)**، رأيت في بعضِ الحواشي أن قولَهُ: أو يعوضَه شيئاً منها؛ يرجعُ إلى التَّصدُّق، فإنَّه إذا تصدَّقَ بشرطِ العوضِ بطلَ الشَّرط، وإذا وهبَ بشرطِ العوض، فالشَّرطُ صحيح.

أقولُ: إذا وهبَ بشرطِ أن يعوضَ شيئاً، فالشَّرطُ باطل، وشرطُ العوضِ إنَّما يصحُّ إذا كان معلوماً، فَعُلِمَ أنَّ قولَهُ: أو يعوضَهُ يرجعُ إلى الهبةِ والصَّدقة.

(**ولو أعتقَ الحمل، ثُمَّ وهبَها صحَّتْ)**: أي الهبة؛ لأنَّ الحملَ[2] لم يبقَ ملكاً، فإذا وهبَ الأمَّ صارَ كأنَّه وهبَها، واستثنى الحمل، فالهبةُ جائزة.

(**ولو دبَّرَه، ثُمَّ وهبَها لا)**؛ لأنَّ الحملَ بقيَ على ملكِه، فلم يكن[3] كالاستثناء، ولا ينفذُ الهبةُ في الحمل، فبقي هبةَ شيءٍ مشغولٍ بملكِ الواهب، أو هبةَ المشاع[4].

(**ومَن قال**[5] **لغريمِه: إذا جاءَ غدٌ فهو لك، أو أنت منه بريء، فهو باطل)**؛ لِمَا

---

[1]قوله: **أو يعوضه شيئاً منها**؛ معناه أن يردَّ بعض الدارِ الموهوبةِ على الواهبِ بطريق العوض من كلِّ الدّار. كذا في «النتائج»(١).

[2]قوله: **لأنّ الحمل**...الخ؛ حاصلُه: إنّ الجنينَ لم يبقَ على ملكِ الواهب، فلم يشغل الأمة غير حضانة الولد.

[3]قوله: **فلم يكن**؛ كالاستثناء بل كان فيه اختلاطُ الموهوبِ بغير الموهوب، وهو عين المشاع فلا يجوزُ الهبةُ أصلاً لا في الأمّ ولا في الجنين.

[4]قوله: **أو هبة المشاع**؛ فإن قيل: هبْ أنّها هبةُ المشاع، لكنّها فيما لا يحتملُ القسمة، وهي جائزة.

أجيب: إنّ عرضية الانفصالِ في ثاني الحالِ ثابتةٌ لا محالة، فأنزلَ منفصلاً في الحال.

[5]قوله: **ومَن قال**...الخ؛ صورة المسألة: إنَّ زيداً مثلا كان له على بكرٍ ألف

---

(١) «نتائج الأفكار»(٧: ٢١٥ - ٢١٣).

وجازَ العُمرى للمعمر له حالَ حياتِه، ولورثَتِه بعده، وهي جعلُ دارِه له مدَّةَ عُمُره، فإذا ماتَ تُردُّ عليه

مرَّ أنَّ التَّعليقَ الصَّريحَ في الإبراءِ لا يصحّ[1].

(**وجازَ العُمرى**[2] **للمعمر له حالَ حياتِه، ولورثَتِه بعده، وهي جعلُ دارِه له مدَّةَ عُمُره، فإذا ماتَ تُردُّ عليه**): أي العمرى: جعلُ الدَّارِ له مدَّةَ عُمُرِه مع شَرطِ أن المعمرَ له إذا ماتَ تردُّ على الواهب، فهذا الشَّرط باطل[3] كما جاء به الحديث.

درهم، فقال زيدٌ لبكر: إذا جاء غد، فهذِه الألف لك، أو أنت بريء منها، فهو باطل، ويكون الألفُ عليه على حاله، وكذا إذا قال: إذا أدّيت إليَّ النصفَ فلك النصف، أو أنت بريء من النصف الباقي.

[1]قوله: **لا يصح**؛ لأنّ الإبراءَ تمليكٌ من وجهٍ لارتدادِه بالردّ، واسقاطٌ من وجه؛ لعدم توقّفه على القبول، وهبةُ الدينِ ممّن عليه إبراء، والسرُّ فيه: إنَّ الدَّينَ مال بالنظرِ إلى المال؛ ولذا وجبَ فيه الزكاة، ووصفَ بالنظرِ إلى الحال؛ ولذا لو حلفَ أنّه لا مالَ له وله ديونٌ على الناسِ لا يحنث، والتعليقُ بالشرطِ يختصّ بالإسقاطاتِ المحضة التي يحلفُ بها كالطلاق والعتاق، فلا تتعدّ لها.

والوجه فيه: إنَّ التعليقَ بالشرطِ يمين، فما لا يجوزُ أن يحلفَ به لا يحتملُ التعليقَ بالشرط، وأمّا الأداءُ وإن كان إسقاطاً من وجه لكن ليس من جنسِ ما يحلفُ بها فلا يصحُّ تعليقُهُ بالشرط. ذكره العَيْنِيُّ(1)، وغيره.

[2]قوله: **وجاز العمرى**؛ بالضم اسمٌ من الإعمار يقال: أعمرته الدّار عمرى، أي جعلتها عليه ليسكنَها مدَّةَ عمره، فإذا ماتَ عادت إليه، وكانوا يفعلون ذلك في الجاهلية، وفي الشريعة: ما ذكرَه المصنّف ﷺ بقوله: وهي جعلُ دارِهِ... الخ؛ يعني جعلَ داره للمعمر له مدَّة عمره، بشرطِ أن يردّها على المعمر أو على ورثَتِهِ إذا ماتَ المعمر له أو المعمر.

[3]قوله: **فهذا الشرط باطل**؛ أي شرطُ ردِّ الدارِ إذا مات المعمر باطل، وبهذا قال الشافعيُّ ﷺ في الجديد، وأحمد ﷺ، وهو قولُ ابن عبّاس وابن عمر ﷺ، وروي عن عليّ وشريح ومجاهد وطاوس والثوريّ ﷺ.

---

(1) في «رمز الحقائق»(2: 190).

وبطلَ الرُّقْبى وهي إن متُّ قبلَك فهو لك

(وبطلَ الرُّقْبى وهي إن متُّ قبلَك فهو لك) الرُّقْبى اسم[١] من الرُّقُوب[٢]،

وقال مالك والشافعيّ رضي الله عنه في القديم: للعمريّ تمليك المنافعِ دون العين، فيكون للمعمر له السكنى، فإذا مات ردَّت إلى المعمّر؛ لأنّها آية مؤقتة، وإن قال له ولعقبه، كان سكناها لهم، فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر؛ لأنَّ هذا تمليكٌ مؤقّت، وتمليك العين لا يتوقّف.

وعن ابنِ الأَعْرَابيّ: لم تختلفِ العربُ في العمرى والرقبى أنّها على ملكِ أربابها، ومنافعها لِمَن جعلت له.

ولنا: ما أشارَ إليه الشارحُ رضي الله عنه بقوله: كما جاءَ به الحديث، وهو ما روينا قبل، وما أخرجَه أحمد، وأبو داود، والنَّسائي من حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أنّ رسولَ الله ﷺ قال: «من أعمرَ عمرى فهو لمعمر له محياه ومماته، لا ترقبوا من أرقب الرقبى شيئاً فهو سبيل الميراث»(١)؛ ولأنّ معنى العمرى هو التمليك في الحال، ويجعلها له عمره، ثمّ إذا مات يرجعُ إليه، وبطل الشرط لما تقدَّم من أنّ الهبةَ لا تبطلُ بالشروط الفاسدة(٢).

[١]قوله: **الرقبى اسم**...الخ؛ قال في «المصباح المنير»(٣): رقبتُهُ وترقّبته وارتقبتُهُ والرِّقبة بالكسر اسم منه: انتظرته، فأنا رقيبٌ أيضاً، الجمع: الرُّقباء، وأرقبت زيداً الدّار إرقاباً، والاسم الرُّقْبى، وهي من المراقبة؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ يرقبُ موتَ صاحبه لتبقى عليه. انتهى مختصراً.

وقال في «الصراح»: أرقبته داراً أو أرضاً، وهو أن تقول: إن متُّ قبلك فهي لك، وإن متَّ قبلي فهي لي، والاسم منه الرُّقبى بالضم، وهي من المراقبة؛ لأنّ كلَّ واحد منهما يرقبُ موت صاحبه. انتهى.

[٢]قوله: **من الرقوب**؛ قال في «الصراح»: رقوب: زينكه اورا بچه نزيد، وكذلك الرجل: وزنى كه حيثم برمرك شوى دارد بجهت ميراث. انتهى. فظهر أنّ الرقوب ليس مصدراً بمعنى الانتظار، فالأولى أن يقول: اسمٌ من المراقبةِ لمعنى الانتظار.

---

(١) في «سنن أبي داود»(٣: ٢٩٤)، و«سنن النسائي»(٥: ١٣٣)، وغيرها.

(٢) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٥٣).

(٣) «المصباح المنير»(ص٢٤٣).

وصدقةٌ كهبةٍ لا تصحُّ إلا بقبضِهِ، ولا في شائعٍ يقسَّم

وهو الانتظار، فكأنَّه ينتظرُ أن يموتَ المالك، وهي باطلةٌ عند[1] أبي حنيفةَ ومحمَّد ﷺ؛ لأنَّه تعليقُ[2] التَّمليك بخطرٍ، وعند أبي يوسفَ ﷺ يصحّ، لأنَّ قولَهُ: داري لك رُقْبى، أي إن داري لك، وأنا انتظرُ موتَك لتعود إليَّ فتصحُّ ويبطلُ الشَّرطُ كالعُمرى، فالاختلافُ[3] مبنيٌّ على تفسيرِها.

(وصدقةٌ كهبةٍ لا تصحُّ إلا بقبضِهِ[4]، ولا في شائعٍ يقسَّم): أي إذا تصدَّقَ بنصفِ الدَّارِ لا يصحُّ بخلافِ ما إذا تصدَّقَ بشيءٍ على فقيرينِ كما مَرّ،

[1]قوله: باطلة عند...الخ؛ وإذا بطلت عندهما تكون الدارُ عارية؛ لأنَّ هذا العقدَ يتضمّنُ اطلاق الانتفاعِ به.

[2]قوله: لأنّه تعليق...الخ؛ تقريره: إنّ معنى الرُّقبى لَمَّا كان متضمّناً للانتظار، فكان الموهوبُ له ينتظرُ موتَ الواهب، وهذا تعليقُ بالخطر، وهو باطل بجواز أن يكون موتُ الواهبِ بعد موت الموهوب له.

[3]قوله: فالاختلاف...الخ؛ يعني فالحاصلُ أنَّ الاختلافَ راجعٌ إلى تفسير الرُّقبى مع اتّفاقهم على أنّها من المراقبة، فحمل أبو يوسفَ ﷺ هذا اللَّفظ على أنّه تمليكٌ للحال مع انتظارِ الواهب في الرجوع، فالتمليكُ جائز، وانتظارُ الرجوعِ باطل، كما في العمرى.

وقالا: المراقبةُ في نفسِ التمليك؛ لأنَّ معنى الرُّقبى هذه الدار لآخرنا موتاً، كأنّه يقول: أراقب موتَك وتراقبُ موتي، فإن متُّ قبلكَ فهي لك، وإن متَّ قبلي فهي لي، فكان هذا تعليقُ التمليكِ ابتداءً بالخطر، وهو موت المالك قبله، وهذا باطل. كذا في «النتائج»(1).

[4]قوله: لا تصحّ إلا بقبضه؛ لأنَّ الصدقةَ تبرُّع كالهبة، فيلزم فيها ما يلزم في الهبة، فامتنعت بدون القبض، وفي المشاع يحتملُ القسمة، فإنّ الشيوعَ يمنعُ تمام القبض المشروط.

---

(1) «نتائج الأفكار»(٧: ٥١٥).

ولا عودَ فيها

(ولا عودَ فيها)[1]، والفرقُ بينهما أن الرُّجوعَ لا يصحُّ في الصَّدقة؛ لأنّه وَصَلَ إليه العوض، وهو الثَّواب.

[1]قوله: **ولا عود فيها**؛ أي ولا رجوعَ في الصدقة، وكذلك إذا تصدَّق على غنيٍّ استحساناً، وإن كان القياسُ الرجوع؛ لأنّ الصدقةَ في حقِّ الغني هبةً، ووجهُ الاستحسان: إنّ المتصدِّقَ قد يقصد بالصدقةِ على الغني الثواب، وقد حصل، فإنَّ مَن له نصاب وله عيالٌ كثيرة، فالناس يتصدَّقون عليه على قصدِ الثواب.

وقال في «الكفاية»[1]: ومن أصحابنا مَن يقول: الصدقةُ على الغنيّ والهبة سواء، يعني فيهما الرجوع، قال: لأنّه إنما يقصد به العوض دون الثواب.

ألا ترى أنّ في حقِّ الفقيرِ جعلَ الصدقة والهبة سواء في أنَّ المقصودَ الثواب، فكذلك في حقِّ الغنيّ الهبةُ والصدقةُ سواء فيما هو المقصود ثم له أن يرجعَ في الهبة، فكذلك في الصدقة، ولكنَّا نقول في ذكره لفظ الصدقة ما يدلُّ على أنّه لم يقصد العوض، ومراعاةُ لفظه أولى من مراعاةِ حال المتمليك. انتهى.

ولو اختلفا فقال الواهب: كانت هبة، وقال الموهوب له: صدقة، فالقول للواهب. كذا في «فتاوى قاضي خان»، وهاهنا بحثٌ مذكورٌ في «العناية»[2].

---

(١) «الكفاية»(٧: ٥١٥ - ٥١٦).

(٢) «العناية»(٧: ٥١٥).

كتاب الإجارة[1]

[1]قوله: كتاب الإجارة؛ لَمَّا كانت الهبةُ تشاركُ الإجارةَ في معنى التمليك، وكانت الهبة تمليكَ عين، والإجارةُ تمليكُ منفعة أَخَّرَ الإجارة عن الهبةِ لكونِ العين أقوى، وأيضاً الأعيانُ مقدَّمةٌ وجوداً على المنافع، وأيضاً الأصلُ في الهبةِ عدمُ العوض، وفي الإجارةِ العوض، والعدمُ مقدَّمٌ على الوجود، ثمّ لعقد الإجارةِ مناسبةٌ خاصّةٌ ببيان الصَّدقةِ من حيث إنّهما يقعان لازمين، فلذلك أوردَ «كتاب الإجارة» متَّصلاً بذكرِ الصدقة.

والإجارةُ لغة اسمٌ للأجرة، وما هو يستحقُّ على عملِ الخير، ألا ترى أنّه يقال: أعظمَ الله أجرَك.

وشرعاً ما ذكرَه المصنّف ﷺ بقوله: وهي بيع يقع... الخ.

وركنها: هو الإيجابُ والقبول بالألفاظِ الموضوعة في عقدِ الإجارة، وتفصيلهما مذكورٌ في المبسوطات.

وهي على نوعين:

١. نوع يرد على منافع الأعيان؛ كاستئجار الدّار والأراضي والدوابّ ونحوها.

٢. ونوع يردّ على العمل: كاستئجار المحترفين للأعمال؛ كالقصارةِ والخياطة ونحوهما.

وحكمها: وقوعُ الملكِ في البدلين ساعةً فساعة إلاّ بشرطِ تعجيلِ الإجارة، وكيفيةُ انعقادها أنّها تنعقدُ فيما بين المتعاقدين للحال، وتنعقدُ ساعة فساعةً في حقّ الحكم، وهو الملك على حسبِ حدوث المنفعة.

وصفتها: أنّها عقدٌ لازمٌ إن كانت صحيحة، عرية عن خيار الشرطِ والعيبِ والرؤية، وما صحّ أن يكون ثمناً في البيع: كالنقود والمكيل والموزون صحّ أن يكون أجرةً في الإجارة، وما لا يصحُّ ثمناً صلح أجرةً أيضاً: كالأعيان مثل العبيد والثياب. صرَّح به في «الكافي»، وغيره.

وأمّا شرائطها فهي على أنواع: شرائطُ الانعقاد، وشرائطُ النفاذ، وشرائطُ الصحة، وشرائط اللزوم.

....

....

أمّا شرائط الانعقاد:

١. فمنها: العقلُ حتى لا تنعقدُ من المجنون، والصبيّ الذي لا يعقل، والبلوغُ ليس من شرائطها حتى أنّ الصبيَّ العاقلَ لو أجَّرَ ماله أو نفسه فإنّ كان مأذوناً تنفذ، وإلاَّ تقفُ على إجازة الوليّ.

والإسلامُ أيضاً ليس بشرط أصلاً حتى يجوز الإجارةُ والاستئجارُ من المسلم والذميّ والحربيّ والمستأمن.

وكونُ العاقد طائعاً عامداً أيضاً ليس بشرطِ للانعقاد ولا للنفاذ، لكنّه شرطَ الصحّة.

٢. ومنها: الملك والولاية حتى لا تنفذ إجارة الفضوليّ؛ لعدمِ الملك والولاية، لكنه ينعقدُ موقوفاً على إجازةِ المالك عندنا.

٣. ومنها: قيامُ المعقودِ عليه، حتى إذا أجَّر الفضوليُّ فأجازَ المالكُ العقدَ بعد استيفاءِ المنفعة لم تجزْ إجارته، وكانت الأجرة للعاقد؛ لأنَّ المنافعَ المعقود عليها قد انعدمت، وإجارةُ الوكيلِ بأخذه لوجود الولاية.

٤. ومنها: تسليمُ المستأجرِ في إجارة المنازل ونحوها إذا كان العقد مطلقاً عن شرط التعجيل عندنا.

٥. ومنها: أن يكونُ العقد مطلقاً عن شرط الخيار، فإن كان فيه خيار لا تنفذُ في مدَّة الخيار.

وأمّا شرائط الصحّة:

١. فمنها: رضاء المتعاقدين.

٢. ومنها: أن يكون المعقود عليه وهو المنافعُ معلوماً علماً يمنع المنازعة، فإن كان مجهولاً جهالةً تفضي إلى المنازعة يمنعُ صحّة العقد، وإلا فلا.

٣. ومنها: محلٌّ بيانٌ المنفعة، حتى لو قال: أجرتُك إحدى هاتين الدارين لا تصحّ.

٤. ومنها: بيانُ المدَّة في الدور المنازل ونحوها وفي استئجار الظئر.

....

....

٥. ومنها: بيانُ العملِ في استئجار الضياع، وكذا بيان المعمول فيه في الأجيرِ المشترك بالإشارةِ والتعيين، أو بيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة والخياطة، وبيانُ الجنسِ والقدر في إجارةِ الرعي من الخيل والإبل ونحوهما.

٦. ومنها: أن يكون مقدورَ الاستيفاءِ حقيقةً أو شرعاً، فلا يجوزُ استئجارُ الآبق ولا الاستئجار على المعاصي كالرقص والغناء والنياحة ونحوها.

٧. ومنها: أنّ لا يكون العمل المستأجر له فرضاً ولا واجباً على الأجيرِ قبل الإجارة، فلئن كان فرضاً أو واجباً قبلها لا تجوز.

٨. ومنها: أن تكون المنفعةُ مقصودةً معتاداً استيفاؤها بعقد الإجارة، ويجري بها التعاملُ بين الناس، فلا يجوزُ استئجار الأشجار لتجفيفِ الثياب.

٩. ومنها: أن تكون الأجرة معلومة.

١٠. ومنها: أن لا تكونَ الأجرة منفعة هي جنسُ المعقودِ عليه كإجارة السكنى بالسكنى.

١١. ومنها: خلوُّ الركنِ عن شرطٍ لا يقتضيه العقد ولا يلائمه.

وأما شرائطُ اللزوم:

١. فمنها: كون العقدِ صحيحاً.

٢. ومنها: أن لا يكونَ بالمستأجر عيب في وقتِ العقدِ ووقت القبض يخلُّ بالانتفاعِ به، فإن كان لم يلزم العقد.

٣. ومنها: سلامةُ المستأجر عن حدوثِ عيبٍ به يخلّ بالانتفاع به، فإن حدثَ لم يبقَ العقد لازماً، هذا ما ذكرته لك مجملاً؛ لتكون على بصيرة في الشروع، والتفصيل مذكورٌ في «فتاوى قاضي خان»، و«الفتاوى الهندية»[1]، وغيرهما من المبسوطات.

وكان القياس أن لا يجوزُ هذا العقد؛ لأنَّ المعقودَ عليه وهو المنفعة توجدُ بعد العقد، وإضافةُ التمليك إلى ما يوجد لا تصحّ إلاّ أنّه جازَ بالكتابِ والسّنة والاجماع والمعقود.

---

(١) «الفتاوى الهندية»(٤: ٤١٠ - ٤١١).

....

....

أما الكتاب: فقوله جل جلاله: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ﴾[1]، وشريعةٌ مَن قبلنا لازمةٌ ما لم يظهر نسخُها.

وأمّا السنّة: فما رواه الشيخان[2] من حديث ابن عبّاس رضي الله عنه: «إنَّ رسول الله ﷺ احتجمَ وأعطى الحجّام أجره»، وما أخرجَه ابنُ ماجة من حديث ابنِ عمرَ رضي الله عنه إنَّ رسول الله ﷺ قال: «أعطوا الأجيرَ أجره قبل أن يجفَّ عرقَه»[3].

والظاهرُ أنَّ الأمر بإعطاءِ الأجرِ دليلٌ على صحَّةِ العقد، وما رواه محمَّد رضي الله عنه في كتاب «الآثار» من قوله عليه ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»[4].

فأمّا المعقول؛ فلأنَّ بالناسِ حاجة إليه ولا مفسدة فيه، فيجوزُ وينعقدُ ساعة فساعة على حسبِ حدوث المنفعة، والمرادُ من انعقادِ العلّة ساعةً فساعة في كلام الفقهاء، وهو حملٌ لعلّة ونفاذها في المحلّ ساعة فساعة لارتباطِ الإيجاب والقبول كلّ ساعة.

وإن كان ظاهرُ كلامهم يوهم ذلك فلا يرادُ أنَّ الانعقادَ هو ارتباطُ القبولِ بالإيجاب، فإذا حصلَ الارتباطُ بإقامته الدَّارَ مقام المنفعة يتحقّقُ الانعقاد، فما معنى الانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك، فتأمّل.

ومن محاسن الإجارة دفعُ الحاجةِ بقليل من البدل، فإن كلَّ أحد لا يقدرُ على دارٍ يسكنُها وحمام يغتسل فيها، وإبل يحملُ أثقاله الى بلد لم يكن يبلغه إلا بمشقة النفس؛ فلذا أجمعوا على جوازها واتّفقوا على نفاذها.

قوله: **الإجارة**؛ الإجارة بكسر الهمزة المشهور، وحكى الرَّافعيّ رضي الله عنه[5] ضمّها.

---

(١) القصص: ٢٧.

(٢) «صحيح البخاري»(٢: ٧٩٦)، و«صحيح مسلم»(٣: ١٢٠٥).

(٣) في «سنن ابن ماجة»(٢: ٨١٧).

(٤) في «مسند أبي حنيفة»(١: ١٦٥)، و«معرفة السنن»(١٠: ١٥٠)، وغيرهما.

(٥) وهو عبد الكريم بن محمد بن الفضل الرَّافِعِيّ الشَّافِعِيّ، أبو القاسم، نسبة إلى رافع بن خديج رضي الله عنه، قال النووي: كان من الصالحين المتمكنين، وكانت له كرامات كثيرة ظاهرة،

....

وقال صاحب «المحكم»: هما بالضمّ، اسمٌ للمأخوذ، مشتقة من الأجر، وهو عوض الحل، ونقل عن ثعلب: الفتح، فهي مثلثة الهمزة.

قال بعضُ[1] أهلِ العربيّة: الإجارةُ فِعالةٌ من المفاعلة، وآجر على وزن فاعَل لا أفعل؛ لأنَّ الإيجارَ لم يجيء، فالمضارعُ يؤاجر، واسم الفاعل، المؤاجِر، وفي «عين الخليل»: آجَرتُ زيداً مملوكي، أوجِّرُهُ إيجاراً(١)

وفي «تكملة البحر»(٢) للعلامة عبد القادر الطوري ﷺ: لو قال الإيجار لكان أولى؛ لأنَّ الذي يعرف هو الإيجار الذي هو بيعُ المنافع لا الإجارة التي هي الأجرة، قال قاضي زاده: ولم يسمع في اللغة أنّ الإجارة مصدر. كذا «حاشية العلامة الشامي على الدر المختار»(٣).

[1]قوله: **قال بعض**... الخ؛ حاصله: إنّ الإجارةَ عند بعض أهل العربيّة من المفاعلة، والإيجار لم يثبت باعتبار اللغة، وهو لا يتلقى بالقبول تصريحاتهم بثبوت الإيجار في اللغة، كما في «عين الخليل»، و«الأساس» بل المؤاجر غلط، ومستعملٌ في موضعِ قبيح لا فيما نحن بصدده.

والتفصيل فيما قال في «المصباح المنير»: «آجرتُ الدار على ما فعلت، فأنا مؤجر، ولا يقال: مؤاجر، فهو خطأ، فيقال: آجرته مؤاجرة، مثل عاملتُه معاملة، وعاقدتُه معاقدة؛ ولأنَّ ما كان من فاعل في معنى المفاعلةِ كالمشاركة والمزارعة، وإنّما تعدّى بمفعولٍ واحد، ومؤاجرةُ الأجير من ذلك، فآجرتُ الدارَ والعبد من أفعل لا من فاعل، ومنهم مَن يقول: آجرتُ الدارَ على فاعل، فيقول: آجرته مؤاجرة.

واقتصرَ الأَزْهَرِيُّ ﷺ على آجرتُه فهو مؤجر، وقال الأخفش ﷺ: ومن العرب

من مؤلفاته: «الشرح الكبير للوجيز»، و«شرح مسند الشافعي». (ت٦٢٣هـ). ينظر: «طبقات الأسنوي»(١: ٢٨١ - ٢٨٢). «تهذيب الأسماء»(٢: ٢٦٤). «مرآة الجنان»(٤: ٥٦).

(١) انتهى من «العين»(٦: ١٧٣)، وعبارته: الإجارة ما أعطيت من أجر في عمل، وآجَرْتُ مملوكي إيجاراً فهو مُؤجَر.

(٢) «تكملة البحر»(٨: ٣).

(٣) «رد المحتار»(٥: ٢).

....

وفي «الأساس»[١]: آجر: وهو مُؤْجِر، ولم يُقَلْ مُؤاجِر، فإنَّه غَلَط، ومستعمل في موضعِ قبيحٍ[٢][٣]، وهو اسمٌ للأجرة: كالجَعالة اسم للجَعل، وآجَرَهُ يَأجُرُهُ من باب طَلَبَ: أي أعطاهُ الأجرة، فهو آجر، فوضَحَ الفرقُ بين المُؤْجَرِ وبين الآجر،

من يقول: آجرته فهو مؤجر في تقدير أفعلته فهو مفعل، وبعضهم: فهو مؤاجر في تقدير فاعلتُه، ويتعدّى إلى مفعولين، فيقول: آجرت زيداً الدار، وآجرت الدارَ زيداً على القلب، مثل: أعطيت زيداً درهماً، وأعطيتُ درهماً زيداً، ويقال: آجرتُ من زيدٍ الدار، كما يقال: بعتُ زيداً الدار، وبعتُ من زيد الدار.

والأجرة الكراء، والجمع أُجر، مثل: غرفة وغُرَف، وربّما جمعت أجرة بضمّ الجيم وفتحها، ويستعملُ الأجر بمعنى الإجارة، وبمعنى الأجرة، وجمعه أجور، مثل فلس وفلوس». انتهى ما في «المصباح»[٤].

---

(١) «الأساس في البلاغة» لمحمود بن عمر بن محمد الخورازمي الزَّمَخْشَرِيّ الحنفي، أبي القاسم، جار الله، نسبةً إلى زَمَخْشَر، بلدة من قرى خوارزم، قال ابن خلكان: كان إمام عصره بلا مدافع، وهمام دهره بلا ممانع، من مؤلفاته: «الكشاف عن حقائق غوامض التنْزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل»، و«الفائق في تفسير الحديث»، و«المفصل»، و«المستقصى في أمثال العرب»، و«شقائق النعمان في حقائق النعمان»، (٤٦٧ - ٥٣٨هـ). ينظر: «طبقات المفسرين» (٢: ٣١٤ - ٣١٦). «كتائب أعلام الأخيار»(ق١٧٨/ب - ١٨٠/ب). «الأنساب» (١: ١٦٣). «بغية الوعاة»(٢: ٢٨٠). «العبر»(٤: ١٠٦). «الكامل»(٩: ٨). «روض المناظر»(ص٢٠٩).

(٢) وتحرير الغلط فيه أن الفاعل من أفعل لا يأتي إلا على وزن مفعل كأكرم على وزن مكرم، وكذلك آجر بالمدّ على وزن أفعل، واسم الفاعل منه مؤجر، وأصله مأجر بضم الميم وسكون الهمزة، فقيل مؤجر للتخفيف، ومؤاجر اسم فاعل من واجر كواعد على مواعد، وهذا بناء لغة العامة، فإنهم يقولون: وأجرته موضع آجرته إذا أكريتها، فعلى هذا الخطأ في إبدالهم الواو من الهمزة التي في أول الكلمة لا في قولهم مؤاجر؛ لأنه مبني على القاعدة؛ لأن اسم الفاعل من فاعل يأتي على مفاعل. ينظر: «البناية»(٧: ٨٦٧ - ٨٦٨).

(٣) انتهى من «الأساس في البلاغة»(ص٦) بتصرف.

(٤) «المصباح»(١: ١١ - ١٢).

وهي بيعُ نفعٍ معلومٍ بعوض

والإجارة فِعَالةٌ من آجر يُؤجِرُ بمعنى الأجرة[1]، لكن في الشَّرع نقل الى العقد، فقال:

(وهي بيعُ نفعٍ[1] معلومٍ بعوض

[١]قوله: وهي بيع نفع... الخ؛ يعني إنّ الإجارةَ بيعُ منفعة معلومة جنساً وقدراً لعوض مالي، أو نفع من غير جنس المعقود عليه معلوم سواء كان ذلك العوض مثليّاً كالمكيل والموزون، والعدديّ المتقارب، أو قيمياً كالثياب والدوابّ وغيرهما.

والمرادُ بالبيعِ هاهنا مبادلةُ شيءٍ بشيء، لا مبادلةُ مال بمال، فإنَّ النفعَ لا يسمّى مالاً إلا مجازاً، والنفعُ ما يَوصلُ به الإنسانُ إلى مطلوب، يقال: نفعني الشيء نفعاً فهو نافع. كذا في «المصباح»[2]، وقال في «الصراح»: نفع: سود وسود كردن، وهو ضد الضرّ، صلة بالباء منفعة سود مندى. انتهى.

فما قال القُهُسْتَانِيُّ: «النفع: المنفعة، وهي عبارة عن اللذة والراحة من دفعِ الحرّ والبرد وغيرهما». انتهى[3]. لا أثر له في كتبِ اللّغة إلاّ أن يكون من أفراد مفهومه الكليّ.

وفي ذكر البيع إشارةٌ إلى أنّه لا بدَّ في الإجارة من الإيجاب والقبول كما في البيع، وينعقد بالتعاطي كالبيع، كما إذا استأجرَ قدوراً بغير عينها، وأنّه لا يجوزُ للتفاوت بينها من حيث الصغر والكبر، إلا أنّه لو جاء بقدورٍ وقبلها على الكراء الأوّل جاز، وهي إجازة مبتدأة. كما صرَّح به في «الذخيرة» وغيرها.

(١) اختلف في قولهم: أجرت الدار أو الدابة، بمعنى أكريتها، هل هو أفعل، أو فاعل، والحق أنه بهذا المعنى مشترك بينهما؛ لأنه جاء فيه لغتان: إحداهما: فاعل، ومضارعه يؤاجر، والأخرى أفعل ومضارعه يؤجر، وجاء له مصدران، فالمؤاجرة مصدر فاعل، والإيجار مصدر أفعل، والمفهوم من «الأساس» وغيره اختصاص آجرت الدابة بباب أفعل، واختصاص: آجرت الأجير بباب أفعل، واسم الفاعل من الأول مؤجِر، ومن الثاني: مؤاجِر، وقال المبرد: أجرت داري ومملوكي غير ممدود، وآجرت فلاناً بكذا: أي أثبته فهو ممدود، وقيل: أجرته بالقصر يقال إذا اعتبر فعل أحدهما، وآجرته بالمد، يقال إذا اعتبر فعلاهما، وكلاهما يرجعان إلى معنى واحد. ينظر: «الكليات»(ص٤٨).

(٢) «المصباح»(٢: ٩٥٥).

(٣) من «جامع الرموز»(٢: ٦٦).

....

....

وإنّما اشترط معلوميَّة أجرة المنافع؛ لما تقدّم من الحديث، وهو قوله ﷺ: «مَن ستأجر أجيراً فليعلمه أجره».

فإنّه كما يدلُّ بعبارته على اشتراط معلوميّة الأجرة يدلُّ بإشارته على اشتراطِ كون المنافع معلومة؛ إذ المعقودُ عليه في الإجارة هو المنافع وهو الأصل، والمعقود به وهو الأجرة، كالبيع والثمن، فإذا كانت معلوميّة البيع شرطاً كان معلوميّة الأصل أولى بذلك؛ ولأنَّ جهالةَ الأجرة والمنافع تفضي إلى المنازعة، كجهالة الثمن والمبيع في عقدِ البيع.

وأوردَ على هذا التعريف أنّه إن كان تعريفاً للإجارةِ الصحيحة لم يكن مانعاً؛ لتناوله الفاسدة بالشرطِ الفاسد، وبالشيوع الأصلي، وإن كان تعريفاً للأعمّ لم يكن تقييدُ النفعِ والعوض بالمعلوميّة صحيحاً.

قلنا: قيّد البدلين بالمعلوميّة لإخراج الإجارة الفاسدة بالجهالة عن التعريف؛ تنبيهاً على أنَّ المعتبر في الشرعِ هي الإجارةُ الغير المفضية إلى النِّزاع.

اعلم أنَّ عقد الإجارة ينعقدُ بإقامة العين مقام المنفعةِ في حقّ الانعقاد لا في حقّ الملك؛ لأنَّ العقدَ لا بدَّ له من محلٍّ؛ لأنّه شرطٌ للصحّة لِمَا صرَّحوا من أنّ المحال شروط، ومحلُّ العقدِ هاهنا المنافع، وهي معدومة.

والمعدوم لا يصلحُ محلاً، فجعلت الدارُ محلاً بإقامتها مقامَ المنافع؛ ولهذا لو أضاف العقد إلى المنافعِ لا يجوز، بأن قال: أجّرتك منافعَ هذه الدار شهراً هكذا، وإنّما يصحّ بإضافته إلى العين، صرَّحَ به الزَّيْلَعِيُّ[1]، وابنُ ملكٍ وغيرُهما.

لكن قال قاضي خان في «فتاواه»: ولو قال: أجرت منك منفعة هذه الدّار شهراً، كذا ذكر في بعض الروايات أنّه لا يجوز، وإنّما تجوزُ الإجارة إذا أضيفت إلى الدار لا إلى المنفعة، وذكر الشيخُ الإمامُ المعروفُ بخُواهر زَادَه: إنّه إذا أضافَ الإجارة إلى المنفعة جاز أيضاً.

---

(١) في «التبيين»(٥: ١٠٥).

كذلك دين أو عين، ويُعْلَمُ النَّفعُ: بذِكْرِ المدَّةِ كسُكْنَى الدَّار، وزراعةِ الأرضِ مدَّة، كذا طالتْ أو قصرت

كذلك[1] دين أو عين.

ويُعْلَمُ[1] النَّفعُ: بذِكْرِ المدَّةِ كسُكْنَى الدَّار، وزراعةِ الأرضِ مدَّة، كذا طالتْ أو قصرت

فإنّه ذكر في «الكتاب»: إنّه لو قال: وهبتُ منك منفعةَ هذه الدَّار شهراً بدرهم جاز، وإنّما لا يجوز إذا أضافَ البيع إلى منفعةِ الدار؛ لأنَّ الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع». انتهى[2].

وقال صاحب «البحر»: «إضافةُ الإجارة إلى منافعِ الدّار جائزة»[3]. انتهى.

[1]قوله: ويعلم...الخ؛ يعني ويعلم المنفعة تارةً ببيان المدَّة كإجارة الدَّار للسكنى، وإجارة الأرض للزراعة، فتصحّ إجارتها مدَّة معلومة سواء كانت تلك المدة طويلة أو قصيرة؛ لأنّ المدّة إذا كانت معلومة كانت المنفعةُ معلومة فأفاد أنّها تجوز، ولو كانت المدَّةُ لا يعيشُ إلى مثلها عادة.

واختاره المصنِّفُ ﷺ؛ لأنَّ العبرةَ للفظ، وأنّه يقتضي التوقيت كما إذا تزوَّجَ امرأةً إلى مئة سنة فإنّه توقيتٌ لا تأبيد حتى يكون متعة، وإن كانت هذه المدّة لا يعيشُ إليها أحدُهما غالباً اعتباراً للفظ، وقيل: لو ذكرَ مدّة لا يعيش إليها أحدُهما غالباً لا تصحّ، وبه أفتى القاضي أبو عصمة العامري[4] ﷺ؛ لأنَّ الغالبَ كالمتيقّن في حقّ الأحكام، فكانت كالإجارة المؤبّدة.

---

(١) أي معلوم دين كالنقود والمكيل والموزون، أو عين كالثياب والدواب. ينظر: «فتح باب العناية» (٢: ٤٢١).

(٢) من «فتاوى قاضي خان»(ص٢٩٨).

(٣) وفي «البحر الرائق»(٧: ٢٩٨): «لو أضاف العقد إلى المنافع لا يجوز بأن قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا بكذا وإنما يصح بإضافته إلى العين».

(٤) وهو محمد بن أحمد القاضي العامري الحنفي، أبو عاصم، كان قاضياً بدمشق، من مؤلفاته: «المبسوط» في نحو ثلاثين جزءاً. ينظر: «الجواهر المضية»(٣: ٤، ٨٤: ٥٨)، و«الفوائد البهية» (٢٦٣).

لكن في الوقف لا تصحُّ فوق ثلاثَ سنينٍ في المُختار

لكن[١] **في الوقف لا تصحُّ فوق ثلاثَ سنينٍ في المُختار)** ؛ كيلا يدَّعى المستأجِرُ أنَّهُ ملكَه ، فَعِلَّةُ عدمِ الجوازِ إذا كانت هذا المعنى لا يصحُّ الإجارةُ الطَّويلةُ بعقودٍ مختلفة ، كما جوَّزَها البعض[٢]

والشافعي ﷺ قدّرها في رواية بسنة ، فلا تجوز بأكثر منها ؛ لأنَّ جوازها كان للضرورة ، ولا ضرورةَ إلى أكثر منها.

وفي رواية : بثلاثين سنة ، فلا تجوز بأكثر منها ؛ لأنّه قلّما يستعمل بالأجرة أكثر من ذلك.

وفي رواية : تجوزُ أبداً ؛ لأنَّ بيعَ المنافع كبيع الأعيان.

والجوابُ : أنّ المجوّز للإجارة كونها معلومة ، فلا معنى للمبيع بعد أن صارت معلومة ، والمنافعُ لا يكون معلومة إلاّ بضرب المدَّة لها ، فلا تجوزُ إلاّ مؤجَّلة ، بخلاف بيع الأعيان ، فإنّها معلومةً بدونه ، ومن شروطه التأبيد ، حتى لو ضربَ له أجلاً فسد البيع(١).

[١]قوله : **لكن**... الخ ؛ ولكن في الوقف لا يجوزُ أن يزاد مدّة الإجارةِ على ثلاث سنين ، قال قاضي خان ﷺ في «فتاواه» : «المتولّي إذا أجرَ الوقفَ إن كان الواقف شرط أن لا يؤاجر أكثر من السنة ، لا يجوز الإجارةُ أكثر من سنة ، فإن لم يكن شرطَ ذلك تجوزُ الإجارة إلى ثلاث سنين ، فإن أجّرها أكثر من ذلك اختلفوا فيه :

قال مشايخ بلخ : لا تجوز له إجارةُ الوقف أكثر من ثلاث سنين.

قال مشايخنا : يجوز ذلك إذا كان المستأجرُ ممّن لا يخاف منه دعوى الملك إذا طالت المدّة.

وقال الفقيه أبو الليث ﷺ : الاحتياطُ في ذلك أن يرفعَ الأمر إلى القاضي حتى يبطلَه». انتهى(٢).

[٢]قوله : **كما جوّزها البعض**...الخ ؛ في «شرح حيل الخصّاف» : الحيلةُ بجوازِ

---

(١) ينظر : «التبيين»(٥ : ١٠٦).

(٢) من «فتاوى قاضي خان»(٢ : ٣١١).

وبذكرِ العملِ كصبغِ ثوبٍ وخياطته، وحملِ قدرٍ

تجاوزَ اللهُ عنهم[١]، (وبذكرِ العملِ[٢] كصبغِ ثوبٍ[٣] وخياطته، وحملِ قدرٍ

الإجارةِ على الأوقافِ أن يعقدَ عقوداً متفرّقةً على الأوقاف كلُّ عقدٍ على سنة، فيكتب: استأجر فلان بن فلان كذا، بثلاثين عقداً، كلُّ عقدٍ على سنة، فيكون العقدُ الأوّل لازماً والثاني غيرُ لازم؛ لأنّه مضاف. ذكره في «الكفاية»(١) نقلاً عن «الذخيرة».

فلمتولي الوقفِ أن يفسخَ الإجارةَ في العقودِ الغيرِ اللازمةِ إذا خافَ بطلان الوقف لدعوى الملك بمرور الزمان، فعلى هذا اندفعَ اعتراضُ الشارح ﷺ.

وذكر صدر الإسلام(٢) ﷺ: إنّ الحيلةَ فيه أن يرفعَ إلى الحاكم حتى يجيزَه، والصدر الشهيد ﷺ كان يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع، إلا إذا كانت المصلحةُ في المنع، وفي غير الضياع بعدمِ الجواز فيما زاد على سنةٍ واحدة، إلاّ إذا كانت المصلحةُ في الجواز. ذكره الزَّيْلَعِيُّ(٣)، وغيره.

[١]قوله: **تجاوز الله عنهم**؛ هذا الدعاءُ مشعرٌ بكون تجويزهم هذا معصية، والحال ما عرفت.

[٢]قوله: **وبذكر العمل**...الخ؛ أي ويعلمُ النفع بذكر العمل، كصنع ثوب...الخ؛ لأنّه إذا بيّنَ الثوب بأنّه من القطن أو الإبرسيم أو الصوف أو الكتان، ولون الصبغ بأنّه أحمر أو أصفر ونحوهما، وبيّنَ الخياطة بأنّها فارسيّة أو روميّة، وبين القدر المحمولَ على الدّابة، بأنّه قنطاران أو نحوه، وجنسُ المحمول بأنّه حنطةٌ أو شعير، والمسافة صارت المنفعة معلومةً بلا شبهة، فصحَّ العقد، ومن هذا النوع الإجارةُ على العمل: كاستئجار القصّار ونحوه.

[٣]قوله: **كصبغ ثوب**؛ فيه إشعارٌ بأنّه لا يشترطُ بيان قدر الصبغ، بأن يُبيّنَ أنّه يجعله في الصبغِ مرّة أو مرّتين حتى يصيرَ مشبعاً، وهذا إذا كان الصبغُ ممّا لا يختلف، وإلاّ

---

(١) «الكفاية»(٨: ٨).

(٢) وهو طاهر بن محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازه البُخَاريّ الحَنَفِي، صدر الإسلام، من مؤلفاته: «الفوائد»، «الفتاوى البخارية»، (ت٥٠٤هـ). ينظر: «الفوائد»(ص١٤٧)، و«تاج التراجم»(ص١٧٥)، «الكشف»(٢: ١٢٢١).

(٣) في «التبيين»(٥: ١٠٦).

معلومٍ على دابَّةٍ مسافةً علمت، وبالإشارةِ كنقلِ هذا إلى ثَمّة.

معلومٍ على دابَّةٍ مسافةً علمت، وبالإشارةِ[1] كنقلِ هذا إلى ثَمّة.

فيشترط قدرُه، كما أشير إليه في «الكافي»، وغيره.

[1]قوله: وبالإشارة...الخ؛ يعني ويعلم النفعُ أيضاً بالإشارةِ كنقلِ هذا الطعام مثلاً إلى موضعٍ فلانيّ؛ لأنّه إذا علم المنقولَ والمكان المنقول إليه صارت المنفعةُ معلومة، وهذا النوعُ قريب من النوع الأوّل.

[باب الأجر متى يستحق]

ولا تجبُ الأجرةُ بالعقد

[باب الأجر متى يستحق]

ولا تجبُ الأجرةُ بالعقـد)[1]، خلافاً للشّافعي ﷺ[2](1)، فإنَّ الأجرةَ[3] عنده تجبُ بنفسِ العقد

[1]قوله: ولا يجبُ الأجرة بالعقد: أي لا تملك سواء كانت عيناً أو ديناً. كذا ذكر محمّد ﷺ في «الجامع»، وذكر في «الإجارات»: إن كانت عيناً لا تملك بالعقد، وإن كانت ديناً تملك به، ويكون بمنزلةِ الدَّين المؤجّل، وعامّةُ المشايخِ على ما في «الجامع». كذا في «كمال الدراية»(2).

والمراد بالوجوب في قوله: لا يجب؛ نفس الوجوب لا وجوبَ الأداء فإنّه عقد معاوضة، فيعتبر فيه المساواة، ولم توجد في جانب المعقود عليه، لا نفس الوجوب، ولا وجوب الأداء، فكذلك في جانب العوض. كذا في «الكفاية»(3).

[1]قوله: خلافاً للشافعيّ ﷺ؛ وفائدةُ الخلاف: أنّه عندنا يثبتُ للمؤجّر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال، ولو كانت الأجرة عبداً وهو قريبه، لا يعتقُ عليه في الحال، وعنده له ولايةُ المطالبةِ في الحال، ويعتقُ عليه في الحال. كذا في «البناية»(4).

[1]قوله: فإنَّ الأجرةَ... الخ؛ يعني فإنَّ الأجرةَ عنده تملّك بنفسِ العقد، ويجب تسليمها عند تسليمِ العينِ المستأجرة؛ لأنّها عقد معاوضة، فيثبتُ الملكُ في البدلين بنفسِ العقد.

وهذا مبيَّنٌ على أصله أنَّ المنفعةَ المعدومةَ عنده جعلت موجودةً حكماً؛ لأنَّ من شرط جواز العقد أن يكون المعقودُ عليه مقدوراً على تسليمه؛ لأنه ﷺ «نهى عن بيعِ ما ليس عند الإنسان»(5)، ورخَّص في السَّلَم.

---

(1) ينظر: «النكت»(ص537)، وغيرها. (2) «كمال الدراية»(ق454).

(3) «الكفاية»(8: 10).

(4) «البناية»(7: 883).

(5) في «سنن الترمذي»(3: 534)، و«سنن أبي داود»(3: 283)، و«سنن النسائي الكبرى»(4: 34)، وغيرهم

....

....

والشارعُ جعلَ المعدومَ حقيقةً موجوداً حكماً، كما جعلَ النطفة في الرحمِ كالحيِّ في حقِّ الأحكامِ من الوصيَّةِ والإرث، وكذا يجعلُ الموجودُ حقيقةً كالمعدومِ حكماً، كما يجعلُ المرتدّ الملتحقُ بدار الحرب ميّتاً في في حقِّ الأحكامِ كالإرثِ وعتقِ أمّهات أولاده، والدليل على أنّه كالموجود جوازُ الاستئجار بالدّين، ولو كان معدوماً لما جاز؛ لأنّه يصير ديناً بدين، وهو حرامٌ شرعاً.

ولنا: إنّ هذا عقدُ معاوضةٍ فيقتضي المساواة بينهما، وذلك بتقابل البدلين في الملك والتَّسليم وأحد البدلين وهو المنفعة، لم تصر مملوكة بنفس العقد؛ لاستحالةِ ثبوتِ الملك فكذا في البدلِ الآخر، ولو ملكَ الأجرةَ لملكها بغير بدل، وهو ليس من قضيّة المعاوضة، فتأخُّر الملك فيه ضرورة.

وجوازُ العقد ليس باعتبارِ أنَّ المعدومَ جعلَ موجوداً حكماً، وكيف يقال ذلك والموجودُ من المنفعةِ لا يقبلُ العقد؛ لأنّه عرضٌ لا يبقى زمانين، فلا يتصوَّر فيه التسليم، فلا يكون محلاً للعقد.

بل باعتبارِ أنَّ العينَ التي هي سببُ وجودِ المنفعةِ أقيمت مقامَ المنفعةِ في حقِّ صحَّةِ الإيجاب والقبول، وفي حقِّ وجوبِ التسليم؛ إذ العينُ هي التي يمكنُ تسليمهما دون العرض، فإنعقدَ في حقِّها في الحال فوجبَ عليه تسليمها.

وصار العقدُ مضافاً غير منعقد للحالِ في حقِّ المنفعة؛ لأنَّ أقصى ما يتصوَّر العقد على المنفعة أن يكون العقد مضافاً إلى وقت حدوثها، فينعقد العقدُ في كلِّ جزءٍ من المنفعةِ على حسب وجودها شيئاً فشيئاً، وهو معنى قولنا: إنَّ عقد الإجارة في حكم عقودٍ متفرِّقة يتجدّد انعقادها على حسب حدوث المنافع.

وإنّما قامت العينُ مقامَ المنفعةِ تصحيحاً للعقد في حقِّ الانعقاد، والتسليم ضرورة عدم تصورهما في المنفعة، ولا ضرورةَ في حقِّ الملكِ في البدل إذما يثبتُ للضرورةِ يثبتُ بقدرها، فلا يظهر في حقِّ ملكِ البدل، كما لا يظهرُ في حقِّ ملك المنفعة، فكذا العقدُ مضافاً إلى وقت حدوثها، غير منعقد للحال في حقِّهما.

....

....

وهذا أولى من الذي ذهبَ إليه الشافعيّ ﷺ فإنّ فيه قلب الحقائق، وهو جعل المعدوم موجوداً، وما ذهبنا إليه ليس فيه إلاّ إقامةُ السبب وهو العينُ مقامَ المسبّب وهي المنفعة في حقٍّ بعضِ الأحكام، وهذا القدرُ من التغيير معهودٌ في الشرع، ألا ترى أنَّ الشارع أقام السفرَ مقام المشقة؛ لأنّه سببها، وأقام البلوغَ مقام اعتدالِ العقل، حتى علَّقَ التكليف به؛ لأنّه سببه، وقس على هذا.

وإنّما جاز الاستئجار بالدَّين لأنَّ العقدَ لم ينعقد في حقِّ المنفعة، فلم تصرْ المنفعةُ ديناً في ذمَّته فلا يجبُ بدلها أيضاً، وعند انعقادِ العقد فيها وهو زمانُ حدوثِها تصيرُ هي مقبوضةً، فلا يكون ديناً بدينٍ أصلاً، ولو كان العقدُ منعقداً لما جازت الإجارةُ بالدَّين المؤجّل أصلاً، كما لا يجوز السَّلَم، ولو جازَ أن يجعلَ المعدومَ كالمستوفى لجازَ ذلك في السَّلَم أيضاً، كما إذا باعَ العينَ بالدَّين.

فإذا استوفى المنفعةَ ثبتَ الملكُ في الإجارة، لتحقّق المساواةِ التي اقتضاها العقد، فصحَّ بخلافِ الإجارةِ المضافةِ إلى وقت بشرط تعجيلِ الأجرة، حيث يكون الشرط باطلاً، ولا يلزمُهُ للحالِ شيء؛ لأنّ امتناعَ وجوبِ الأجرة ليس بمقتضى العقد، بل بالتصريحُ بالإضافةِ إلى وقتٍ في المستقبل، والمضافُ إلى وقتٍ لا يكون موجوداً قبل ذلك الوقت، فلا يتغيَّرُ هذا المعنى بالشرط.

وفيما نحنُ فيه إنّما يجب لاقتضاءِ العقدِ للمساواة، وليس بمضافٍ صريحاً، فبطل ذلك المعنى بالتصريح على خلافه، ألا ترى أنَّ الثمنَ في المبيع يجبُ في الحال، ولا يجب تسليم المبيع حتى يُسَلِّمَ الثمن؛ لأنَّ العقدَ يقتضي المساواة، ثمّ إذا كان الثمنُ مؤجّلاً يجبُ تسليمُه في الحال؛ لأنّه تأخّر بالقصدِ صريحاً.

وما قال الشافعيُّ ﷺ من أنَّ الشارع جعلَ المعدومَ حقيقة موجودا حكماً... الخ، فجوابُه: أنّه مُسَلَّم، لكنَّ البحث هاهنا فيما يمكن تقديرُ وجوده حقيقة؛ لأنَّ الشيءَ إنّما يُقَدَّرُ حكماً إذا كان يمكن تصويرُهُ حقيقة، كما في المستشهد به، فإنّ الحيَّ يتصوَّرُ موتُه، وكذا بالعكس، وأمّا المنافع فلا تقبل العقد أصلاً كما لا يخفى، ذكره الزَّيْلَعِيُّ[1]، وغيره.

---

(١) في «التبيين»(٥: ١٠٧ – ١٠٨).

بل بتعجيلها أو بشرطِه أو باستيفاءِ النَّفعِ أو التَّمكُّنِ منه، فتجبُ لدارٍ قبضتْ ولم

(**بـل بتعجيلها**)[1]، فـإنَّ المستأجرَ إذا عجَّلَ الأجرة، فالمُعَجَّلُ هو الأجرةُ الواجبة، بمعنى أنَّه لا يكونُ لـه حقُّ الاسترداد، (**أو بشرطِه**)، فإنَّهُ إذا شرطَ تعجيلَ الأجرةِ تجبُ معجَّلَة، (**أو باستيفاءِ**[2] **النَّفعِ أو التَّمكُّنِ منه**[3]، **فتجبُ**[4] **لدارٍ قبضتْ ولم**

[1]قـوله: **بـل بتعجـيلها**؛ أي بـل تجـبُ الأجـرة، وتملـك بتعجـيلها أو بـشرط تعجيلها؛ لأنَّ امتناعَ الملكِ بنفس العقد؛ لتحقّق المساواة فإذا عجَّل أو شرطَ التعجيل، فقد أبطل المساواة التي اقتضاها العقد، بخلاف الإجارةِ المضافةِ بشرط تعجيل الأجرة لما مرّ.

[2]قـوله: **أو باستيفاء**...الخ؛ يعني أو باستيفاءِ النفعِ الذي هو المعقود عليه بتحقق المساواة بينهما: إذ العقدُ عقدُ معاوضة، وهذا مقيَّدٌ بما إذا استوفى في المدّة، فلو ذكرَ مدّة ومسافةً فركبَها إلى ذلك المكان بعد مضي المدّة لا يجبُ الأجر.

ولـو لم يستوفِ وحبسها في بيتِه، ومـضت المدّة، فإن استأجرها ليركبها خارجَ المصرِ لا تجب الأجرة، ولـو في المصر تجبُ الأجرة، فلو هلكت في الأولى ضَمِنَ لتعدّيه بالحبسِ بخلافِ الثانية. ذكره العلامةُ الطَّحْطاويّ(1).

[3]قـوله: **أو الـتمكن منه**؛ أي مـن استيفاء الـنفع أقامَه للتمكُّن من الشيء مقامَ ذلك الشيء، فإذا سَلَّمَها فارغةً عن متاعه، ولا مانعَ منه، ولا من أجنبي سلطان أو غاصب فقد تمكّن، وتركُ الاستيفاءِ منه حينئذٍ تعطيل، فلا يمنعُ لزومَ الأجر.

فلو لم يسلّم أو لم تكن فارغة أو سَلَّمَ فارغة في غير المدّة أو فيها، لكن حبسها في غير محلِّ الإجارة أو في محلِّها، ولها عذرٌ مانع أو لا عذر، ومنعه سلطان أو غصب غاصب، أو كانت فاسدةً فلا أجر، صرّح به الحَمَويُّ وغيره(2).

[4]قوله: **فتجب**...الخ؛ يعني فيجبُ الأجرة لو قبض المستأجرُ الدارَ ولم يسكنها، حتى مضت المدّة؛ لأنَّ تسليمَ نفس المنفعةِ لَمَّا لم يتصوَّر أقيمَ تسليمَ محلّها مقامهما؛ إذ التمكُّن من الانتفاع يثبت به، وذكر في «مجمع الأنهر» نقلاً عن «النوازل»: «إذا استأجر

(1) في «حاشيته على الدر المختار»(٤: ٧).

(2) ينظر: «حاشية الطحطاوي»(٤: ٧).

يسكنْها، وتسقطُ بالغصبِ بقدرِ فوتِ تمكُّنه.

يسكنْها، وتسقطُ[١] بالغصبِ بقدرِ فوتِ تمكُّنِه[٢](١).

دابّة إلى مكّة فلم يركبْها إن كان بغير علّة في الدابةِ فعليه الأجرة، وإن كان لعلّة فيها فلا أجر». انتهى(٢).

[١]قوله: وتسقط...الخ؛ يعني وتسقط الأجرةُ بالغصب، قال في «المنح»(٣): إلا إذا أمكن إخراج الغاصب من الدارِ مثلاً بشفاعة وحماية، هكذا قيّده في «التاتارخانيّة» و«القنية». انتهى.

وجه السقوط: إنّ تسليمَ المحلّ إنّما أقيمَ مقامَ تسليمِ المنفعة للتمكّن من الانتفاع، فإذا فات التمكّنُ فات التسليم، وانفسخَ العقدُ بقدر ذلك الفوات وسقط من الأجرةِ بقدره. كذا في «الهداية»(٤).

وذكر الفَضْلِيُّ وقاضي خان في «فتاواه»: إنّ الإجارةَ لا تنتقض، ولكن تسقطُ الأجرة ما داعت في يد الغاصب. انتهى. وإطلاق العبارة شاملٌ للعقار وغيره، والمراد من الغصب هاهنا هو الحيلولة بين المستأجر والعين لا حقيقة فلا يردُ أنّ الغصب لا يجري في العقار عندهما، خلافاً لمحمّد ﷺ وقد اتّفقت كلمتُهم على إطلاق الغصب.

[٢]قوله: بقدر فوت تمكنه؛ حتى إذا فات تمكُّنه في جميعِ المدَّةِ سقطَ جميعُ الأجر، وإن فاتَ في بعضِها سقطَ بحسابه، فإن عرضَ في المدَّةِ ما يمنعُ الانتفاع كما إذا غصبتُ الدار من المستأجر إذا غرقت الأرضُ المستأجرة، أو انقطعَ عنها الشرب، أو مرض العبد، أو أبقَ سقطت الأجرةُ بقدر ذلك. صرَّحَ به في «المحيط»، وغيره.

---

(١) يعني إذا غصب الدار المستأجرة غاصبٌ من يد المستأجر في جميع المدة سقطت الأجر وإن غصب في بعضها سقطت بقدر ذلك، ومراده من الغصب هاهنا الحيلولة بين المستأجر والعين لا حقيقته إذ الغصب لا يجري في العقار عندنا. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٧١).

(٢) من «مجمع الأنهر»(٢: ٣٧١).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ٢٣١/أ).

(٤) «الهداية»(٣: ٢٣٢).

وللمؤجِّرِ طلبُ الأجرةِ للدَّارِ والأرضِ لكلِّ يوم، وللدَّابَّةِ لكلِّ مرحلة، وللقصارةِ

وللمؤجِّرِ[1] طلبُ الأجرةِ للدَّارِ والأرضِ لكلِّ يوم، وللدَّابَّةِ[2] لكلِّ مرحلة، وللقصارةِ[3]

[1]قوله: وللمؤجّر...الخ؛ يعني وللمؤجّر طلبُ الأجرةِ من المستأجرِ للدّار، والأرض المستأجر [إذا] بيَّنَ مدّة معلومةٍ لكلِّ يوم؛ لأنَّ المستأجر استوفى منفعةً مقصودة، وما دون اليومِ ليس له حدّ، فصار كالنفقة لها طلبها عند المساء، لا في كلّ ساعة، وهذا إذا أطلقه.

أمّا إذا بيّن وقت الاستحقاقِ في العقدِ تعيَّن؛ لأنّه بمنْزلة التعجيل، كما إذا قال: أجرتك هذه الدارِ سنة على أن تعطيَ الأجرة بعد شهر مثلاً، وقال الأتقانيُّ: إذا شرطَ في جميعِ الوجوه تعجيلَ الأجر أو تأخيره فهو على ما اشترطه، لما أنّه أعرض عن قضية المعادلة. انتهى.

[2]قوله: وللدابّة؛ يعني وللمؤجِّر طلبُ الأجرةِ من المستأجر للدّابة المستأجرةِ لقطعِ المسافةِ لكلِّ منْزل؛ لأنَّ سير كلُّ مرحلةٍ مقصود، وعن أبي يوسفَ ﷺ إذا استأجرَ داراً يسكنها شهراً لا يلزمه حتى يستكملَ سكنى الشهر، وإذا سار نصفَ الطّريق أو ثلثه لزمه بحسابه. ذكره القُهُسْتَانِيُّ(1)، وغيره.

[3]قوله: وللقصارة...الخ؛ يعني وللمؤجِّر طلبُ الأجرةِ من المستأجر لغسل الثوب والخياطة والصباغة وغيرها من الحرف إذا تمّت القصارةُ والخياطةُ ونحوهما على كلِّ العمل؛ لأنَّ العملَ في البعض غيرُ منتفع به، فلا يستوجب الأجرةَ بمقابلتِه، حتَّى يفرغَ من العمل فيستحقُّ الكلّ.

واعلم أنّ الإمامَ الأعظم الأكرم ﷺ كان يقول: أوّلاً وهو قول زفر ﷺ أنّه لا يجبُ شيء من الأجرِ إلا بعد استيفاءِ جميعِ المنفعة، سواء كان العقد على المدّة، كما في إجارةِ الدار والأرض، أو على قطعِ المسافةِ كما في كراء الدّابةِ إلى مكّة، أو على العمل كما في القصارةِ والخياطة ونحوها.

ووجه ذلك: إنّ المعقود عليه جملةُ المنافع في المدة، فلا يتوزَّعُ الأجرُ على أجزائها كما إذا كان المعقودُ عليه العمل، وكالثمن في المبيع، والرهن في الدين.

(1) في «جامع الرموز»(2: 68).

والخياطةِ إذا تمّت وإن عملَ في بيتِ المستأجر

والخياطةِ إذا تمّت وإن عملَ في بيتِ المستأجر)، إنّما قال[١] هذا؛ لأنَّ الخيَّاطَ إذا عملَ في بيتِ المستأجرِ فخاطَ بعضَ الثّوب ثمَّ سُرِقَ الثَّوبُ فلهُ الأجرةُ بقدرِ ما خاطَه، فهذا دليلٌ على أنَّ الأجرةَ تجبُ بقدرِ العمل، لكن نقول: بفعلِ السَّرقةِ انتهى عملُهُ على البعضِ وهو معلومٌ بالنِّسبةِ إلى الكلِّ فيجبُ أجر ما عملَ بخلافِ ما إذا لم ينتهِ العملُ على البعض، فإنَّهُ لا يمكنُ أن يطلبَ الأجرةَ بكلِّ عملٍ قليل، ولا تقديرَ للأبعاضِ فيتوقَّفُ الطَّلبُ على كلِّ العمل.

ثمّ رجع وقال: إن وقعت الإجارةُ على المدّة أو على قطعِ المسافةِ يجب إيفاءُ الأجر بحصّة ما استوفى من المنافع إذا كان لما استوفى حصّة معلومة من الأجر، ففي الدّار يجب الإيفاءُ يوماً فيوماً، وفي قطع المسافة مرحلة فمرحلة.

وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى للعامل أثرٌ في العين، لا يجب إيفاءُ الأجر إلا بعد إيفاء العمل، وإن كان حصّةُ ما استوفى من العمل معلوماً سواء عمل في بيت المستأجرِ أو في بيته على ما في «التجريد» و«الهداية»، و[إلا] أن يكون العملُ في بيت المستأجر على ما في «المبسوط» و«الفوائد الظهيريّة» وغيرهما، فإنّه حينئذٍ كالدّار والدابّة.

ووجه القول المرجوع إليه: إنّ القياسَ استحقاقُ الأجرِ ساعةً فساعة؛ لتحقّق المساواة إلاّ أنّ المطالبة في كلِّ ساعةٍ يقع بها الضرر؛ لأنّه لا يعلم حصّته إلا بمشقة، ولا يتضرع لغيره، فقدرناها باليوم والمرحلة استحساناً.

وذكر الشُّمُنِيُّ[١] نقلاً عن «المبسوط» و«الإيضاح»: إنّ التقديرَ باليوم والمرحلة قول الكَرْخيِّ ﷺ، وأمّا قول أبي حنيفة ﷺ المرجوع إليه فإنّما هو كلّما سكن أو سار مسيراً له من الأجر شيء، فله أن يأخذ ذلك الشيء وهو قولُهما. انتهى.

[١]قوله: **إنّما قال**...الخ؛ يعني إنّما زاد، قوله: وإن عمل في بيتِ المستاجر؛ لأنَّ الفقهاء صرّحوا بأنّ الخيّاط إذا عمل في بيت المستأجرِ وخاط بعض الثوب فيجب الأجر للخيّاط بقدر ما خاطه، فهذا التصريح يدلّ على أنّ الأجر يجبُ بقدر العمل لا إذا تمّ العمل.

(١) في «كمال الدراية»(ق٤٥٥).

وللخبزِ بعد إخراجه من التَّنور فإن احترقَ بعدما أخرجَهُ

(وللخبزِ[١] بعد إخراجه[٢] من التَّنور[٣] فإن احترقَ[٤] بعدما أخرجَهُ

فينبغي أن يكون كذلك في هذه المسألة أيضاً، لكن نقول بوجوب الأجرة عند تمام العمل هاهنا؛ لأنّ عمل الخياط انتهى على بعضِ الثوب بفعل السرقة فهو معلومٌ بالنسبة إلى الكلّ فيجب الأجر بقدر عمله.

بخلاف ما نحن فيه، فإنّ عمل الخيّاط لم ينته على بعض الثوب، ويمتنع طلب الأجرة بكلّ عملٍ قليل، ولا تقدير للأبعاض فلا جرم أن يتوقّف الطلب على كلّ العمل، فلا يجب الأجر إلا إذا تمّ عمله.

[١]قوله: وللخبز... الخ؛ أي وللمؤجّر طلبُ الإجرةِ من المستأجر للخبز بعد أن يخرجه من التنور؛ لأنَّ تمامَ العمل بالإخراج، فيملكُ المطالبة كالخيّاطِ إذا فرغَ من العمل، قال الزَّيْلَعِيُّ[١]: هذا إذا كان يخبزُ في بيت المستأجر؛ لأنّه صار مسلماً إليه بمجرّد الإخراجِ فيستحقُّ الأجر، وإن كان في منْزل الخبّاز لم يكن مسلماً إليه بمجرَّد الإخراجِ من التنور. انتهى.

[٢]قوله: بعد الإخراج؛ في إطلاق العبارةِ إشارةٌ إلى أنّه يستحقُّ الأجر بإخراجِ البعض بقدره؛ لأنَّ العملَ في ذلك القدر صارَ مسلَّماً إلى صاحب الدقيق. صرّح به في «مجمع الأنهر»[٢]، وغيره.

[٣]قوله: من التنور؛ التنور ما يخبزُ فيه، ووافقت فيه لغة العرب لغة العجم، وقال أبو حاتم: ليس بعربي، والجمع التنانير. كذا في «المصباح»[٣].

[٤]قوله: احترق؛ أي من غيرِ فعله؛ ولذا لم يقل: فإن أحرقه، فسقطَ ما أوردَ صاحب «المنح»[٤] تبعاً لصاحب «الدرر»[٥] من أنّه غيرُ موافقٍ للمنقولِ عن الأئمّة الفحول؛ لأنّ المرادَ في «الغاية» وغيرها ما يكون بصنعه كما يدلّ عليه قوله بالإجماع[٦].

(١) في «تبيين الحقائق»(٥: ١١٠).

(٢) «مجمع الأنهر»(٢: ٣٧٢).

(٣) «المصباح المنير»(ص٧٧).

(٤) «منح الغفار»(ق٢: ٢٣٢/أ).

(٥) «درر الحكام»(٢: ٢٢٧).

(٦) ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٧٢).

فله الأجرة وقبلَهُ لا، ولا غرمَ فيهما

فله الأجرة[١](١) **وقبلَهُ لا**[٢]، **ولا غرمَ فيهما**[٣])، هذا عند[٤] أبي حنيفةَ ﷺ، **لأنَّهُ** أمانةٌ عنده، وعندهما[٥] يضمنُ مثل دقيقِهِ ولا أجر، وإن شاءَ ضمَّنَهُ الخبز، وأعطاهُ الأجرة.

[١]قوله: **فله الأجرة**؛ لأنَّ العمل قد تمّ وصحّ التسليم لقيامِ يد المالك على الخبز بواسطة قيامها على منزله.

[٢]قوله: **وقبله لا**؛ أي وإن احترقَ الخبزُ قبل إخراجه من التنورِ لا أجرَ له لعدمِ وجودِ تمام العمل.

[٣]قوله: **ولا غرم فيهما**؛ أي في حالتي الاحتراقِ بعد إخراجه من التنورِ وقبله على الأجير؛ لأنّه لم يوجد منه جناية.

[٤]قوله: **هذا عند**...الخ؛ قيل هذا قولُ الكلّ، أمّا عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ فلأنّه لم يهلك بصنعه، وأمّا عندهما؛ فلأنّه هلكَ بعد التسليم.

وذكر القُدُوريُّ في «شرحِه»: إنّ على قولهما يجب الضمان؛ لأنّه أجيرٌ مشترك، والعينُ في يده أمانةٌ عنده مضمونةٌ عندهما، فلا يبرأُ إلاَّ بعد حقيقةِ التسليم، وهو اختيار صاحب «الهداية» كالغاصب لا يبرأُ عن الضمان إلاّ بالتَّسليم دون الوضع في بيته. كذا في «الكفاية»(٢).

[٥]قوله: **وعندهما**...الخ؛ يعني وعندهما يجب الضمان على الأجير؛ لأنّه أجيرٌ مشترك، والعينُ في يده مضمونةٌ عندهما، ثمَّ صاحبُ الدقيق إن شاءَ ضمَّنه دقيقاً مثل دقيقه، ولا أجر له لكونه مضموناً عليه فلا يبرأ بوضعه في بيته إلاَّ بعد حقيقة التسليم، والوضع في بيته ليس من حقيقة التسليم.

وإن شاء ضمَّنَه قيمةَ خبزه وله الأجر، ولا يجبُ عليه ضمانُ الحطب والملح؛ لأنَّ ذلك صار مستهلكاً قبل وجوبِ الضمان، وحينما وجبَ الضمان كان رماداً.

---

(١) هذا إذا كان يخبزُ في بيت المستأجر؛ لأنّه صار مسلماً إليه بمجرّد الإخراجِ فيستحقُّ الأجر، وإن كان في منْزل الخبّاز لم يكن مسلماً إليه بمجرَّد الإخراجِ من التنور. ينظر: «التبيين»(٥: ١١٠).

(٢) «الكفاية»(٨: ١٩).

وللطَّبخِ بعدَ الغرف

(وللطَّبخِ[1] بعدَ الغرف[2])

[١]قوله: **وللطبخ**...الخ؛ أي وللمؤجّر طلبُ الأجرةُ من المستأجرِ للطبخِ بعد وضعِ الطعامِ في القصاع، اعتباراً للعرف، فإنَّ المعتبرَ هو العادةُ فيما لا نصّ فيه، والقُدُوريُّ وصاحبُ «الملتقى»(١) وغيرُهما قيَّدوه بأن يكون الطعامُ للوليمةِ نظراً إلى أنّه لو كان لأهلِ بيته فلا عرفَ عليه للعرف.

وإنّما أطلقه المصنّف ﷺ نظراً إلى أنّ للأطعمة أنواعاً:

الوليمة: وهو طعام العرس، والخرس: وهو طعام الولادة.

والعقيقة: وهو عند حلقِ شعر المولود.

والإغدار: وهو طعام الختان.

والحناقة: وهو الطعام عند ختم الصبيّ حفظ القرآن.

والملاك: وهو الطعام عند التزوج.

والمأدبة: وهو طعام صنع الدعوة بلا سبب.

والوكيرة: وهو الطعام عند فراغ البنيان.

والنقيعة: وهو طعام القادم من سفره.

والوضيحة: وهو طعام المصيبة.

والعتيرة: شاة كانوا يذبحونها لالهتم، ونظمها بعض الفضلاء، وذكر هذا النظم العلامة الطَّحْطَاويُّ(٢)، وغيره.

والوليمةُ قد تعمّ كلّ طعام هيئ على طريق الدعوة، كما لا يخفى على مَن له نظر إلى المحاورات، ومَن قيَّدَه بكون الطعامِ للوليمةِ نظرَ إلى هذا التعميم، والله عليم حكيم.

[٢]قوله: **بعد الغرف**؛ الغَرْف بفتح الغين المعجمة وسكون الراء المهملة: إخراجُ المرقِ من القدور إلى القصاع، ذكره في «المعدن» وغيره، وحاصلُهُ: جعلُ الطعامِ في القصعة، وفيه إيماء إلى أنّ تسوية الخوان ووضع القصاع واجبٌ على الطباخ كما قيل،

---

(١) «ملتقى»(ص١٦٠).

(٢) في «حاشيته»(٤: ١٠).

ولضربِ اللَّبِنِ بعدَ إقامتِه

ولضربِ اللَّبِنِ[١] بعدَ إقامتِه)، هذا عندَ أبي حنيفةَ ﷺ، وقالا[٢](١): لا يستحقُّ حتى يشرجَهُ(٢)؛ لأنَّ التَّشريجَ من تمامِ العمل، وعند أبي حنيفةَ ﷺ[٣] هو زائدٌ كالنَّقل.

وإن أفسده الطبّاخ أو أحرقه أو لم ينضجه فهو ضامنٌ للطعام، وإذا أدخل الخبّاز أو الطباخ بنار ليخبز بها أو يطبخ بها، فوقعت منه شرارة فاحترق بها البيت، فلا ضمانَ عليه. صرَّح به في «المنح»(٣)، وغيره.

[١]قوله: **ولضربِ اللَّبِن**؛ أي وللمؤجّر طلبُ الأجرةِ من المستأجرِ لضربِ اللَّبنِ في ملكِ المستأجرِ مع تعين الملبن بعد تسويته، واللَّبِن بكسر الباء: ما يعملُ من الطين، ويبتنى به، وهو بالفارسية: حشت، والهندية: ابنت، والواحد لبنة.

[٢]قوله: **وقالا**...الخ؛ يعني وعندهما لا يستحقُّ ضاربِ اللَّبن الأجرة إذا شرجه، وجعل بعضَه على بعض؛ لأنّ تشريجَه من تمامِ عمله، إذ لا يؤمن الفساد قبله، فصار كإخراجِ الخبز من التنور.

[٣]قوله: **وعند أبي حنيفةَ** ﷺ ... الخ؛ يعني أنَّ العملَ عنده قد تمَّ بالإقامة، والتشريج عملٌ زائد، كالنقل إلى موضعِ العمارة، بخلافِ ما قبل الإقامة؛ لأنّه طينٌ منتشر، بخلافِ الخبز، فإنّه غير منتفعٍ به قبل الإخراج.

وثمرةُ الخلافِ تظهرُ فيما إذا فسدَ بمطرٍ ونحوه بعد الإقامة، فعنده يجبُ الأجر، وعندهما لا يجبُ إلا إذا كان شرجه، وهذا إذا كان ضربُ اللَّبِن في بيت المستأجر، أمّا إذا كان في أرض الأجيرِ فلا يستحقّها إلاّ بتسليمه، وهو بالعدّ بعد الإقامةِ عنده، وبالعدِّ بعد التشريج عندهما. صرّح به الزَّيْلَعِيُّ(٤)، وغيرُه.

وذكر في «المستصفى» نقلاً عن «الإيضاح» و«المبسوط» إذا لم يكن في ملكه لم يكن له الأجرُ حتى يسلِّمَه منصوباً عنده، ومشرجاً عندهما. انتهى.

---

(١) قال ابن كمال باشا في «الإيضاح»(ق١٣٣/ب): وبقولهما يفتى معزياً لـ«عيون»، وأقرّه صاحب «الدر المختار»(٥: ١١).

(٢) أي ينضدها بضم بعضها إلى بعض. ينظر: «البناية»(٧: ٨٩١).

(٣) «منح الغفار»(ق٢: ٢٣٢/ب).

(٤) في «التبيين»(٥: ١١٠ - ١١١).

ومَن لعملِه أثرٌ في العين كصبَّاغ

ومَن لعملِهِ[1] أثرٌ في العين) : أي شيءٌ من ماله[2] قائمٌ بتلكَ العين ، كالصَّبغِ مثلاً ، (كصبَّاغٍ

[١]قوله : ومَن لعمله...الخ ؛ يعني ومَن كان بعمله أثرٌ في العين كصبّاغ يظهرُ لوناً في الثوب ، وقصّار يقصرِ بالنشا والبيض.

فللمستأجرِ حبسُ تلك العين لأجلِ الأجرةِ حتى يستوفيها ؛ لأنَّ المعقودَ عليه وصفٌ قائمٌ في الثوب ، فله حقُّ الحبسِ لاستيفاء البدل كما في البيع ، فإن حبسَها للأجرةِ فضاعت العينُ بلا تعدٍّ منه فلا ضمان عليه ؛ لكونه أمانةً في يده ، كما كان قبل الحبس ، ولا أجر له إذا هلك المعقود عليه قبل التسليم ، وهذا عند الإمام.

وقالا : إن شاءَ المالكُ ضَمَّنَه مصبوغاً ، وله الأجر ؛ لأنَّ العملَ صار مسلماً إليه تقديراً لوصول قيمته إليه ، فصار كما لو صار مسلّماً حقيقة ، أو غير مصبوغ ، ولا أجر له ؛ لأنَّ العمل لم يصرْ مسلماً إليه.

[٢]قوله : أي شيء من ماله...الخ ؛ في «القنية» : اختلفَ المشايخُ في قول أصحابنا كلُّ صانعٍ لعمله أثر في العين فله حبسها للأجر ، فقيل : المرادُ به الأجزاء المملوكة للصانع التي تتّصلُ بمحلِّ العمل ، كالنشاشتج والغرا والحنوط ونحوها ، وهو مختار صاحب «المحيط».

وقيل : مجرَّدُ ما يرى ويعاينُ في محلِّ العمل ، ككسر الفستق والحطب ، وطحن الحنطة ، وحلق رأس العبد ، وهو مختار قاضي خان ، وظهير الدين التُّمُرْتَاشِيّ. انتهى كلامه.

ومختارُ المصنِّف هو القول الأوّل ، فعلى هذا لا يكونُ للقصّار ولايةُ الحبسِ إذ هو لم يخلطْ ملكه بالثوب ، إلاّ إذا قصر بالنشاشتج أو ببياض البيض ؛ لأنّه اتّصل به ملكه.

وعلى القول الثاني يكون له ولايةُ الحبس ؛ لأنّه لما غلبَ الوسخُ على الثوب ، واستترَ البياض به صارَ في حكمِ المعدوم ، وحين أظهرَ القصّار لعمله ، وجعل ظهوره مضافاً إلى عمله ، فيكون أثر عملِهِ قائماً في المعمول. كذا في «شرح النُّقاية» للعلامة البِرْجَنْدِيّ.

وقصَّارٍ يقصرُ بالنَّشا والبيضِ له حبسُها

وقصَّارٍ يقصرُ[1] بالنَّشا[2] والبيضِ[3](1) له حبسُها[4]

[1]قوله: يقصر...الخ؛ هذا في ديار الشام، فيظهر البياض المستور، وكذا حكمُ قصّار يقصرُ بالماء الصافي، كما في ديارنا. ذكره في «مجمع الأنهر»(2).

[2]قوله: بالنشا؛ النشا وزان الحَصا: الريح الطيبة، والنشا مثل الكلام ما يعملُ من الحنطة، قال ابن الجوانيقي: وأصله نشاستج، والعجم يقول: نشاسته، فحذفَ منه فبقي مقصوراً، وفي كلام بعض المصنّفين: تكلّمت به العرب ممدوداً، والقصرُ مولد، وقال ثعلب: النشاء ممدود. كما في «المصباح المنير»(3).

[3]قوله: والبيض؛ بعض الطائر ونحوه يبيضُ بيضاً، فهو بائض، والبيض له بمنْزلةِ الولد للدوابّ، وجمعُ البيض بيوض، الواحدة بيضة، والجمع بيْضات، بسكون الياء، وهذيل تفتح على القياس. كما في «المصباح»(4).

[4]قوله: حبسها للأجر؛ وقال زفر ﷺ: ليس له حبسُها؛ لأنَّ المعقودَ عليه صارَ مسلَّماً إلى مالكِ العين باتّصاله بملكه، فسقطَ حقُّ الحبس به، فإنّ الاتّصال بملكه إنّما حصلَ بإذنه، فصار بمنزلةِ القبض بيده؛ ولذا لو أمر رجلٌ رجلاً أن يزرع له أرضه حنطةَ من عنده قرضاً، فزرعها المأمورُ صار قابضاً باتّصاله بملكه، وصار كما إذا صبغ في بيت المستأجر.

والجواب: إنّ اتّصال العملِ بالمحلّ ضرورةُ إقامة العمل، فلم يكن راضياً بهذا الاتّصال من حيث كونه تسليماً، بل رضاه في تحقيقِ عملِ الصبغِ ونحوه من الأثر في المحلّ، فإنّ العملَ لا وجود له إلاّ به، فكان مضطراً إليه، والرضاءُ لا يثبتُ مع الاضطرار.

ألا ترى أنّ صاحبَ العلو إذا بنى السفل لا يكون متبرِّعاً راضياً به لكونه مضطراً إليه، والقياس على الصبغِ في بيت المستأجر قياسٌ مع الفارق؛ لقيامِ يده على المنزل.

---

(1) قيد بهما لكون لعمله أثر، واحترز به عن غاسل الثوب. ينظر: «درر الحكام»(2: 227).

(2) «مجمع الأنهر»(2: 373).

(3) «المصباح المنير»(2: 936).

(4) «المصباح المنير»(1: 110).

للأجر، فإن حبسَ فضاعَ فلا غرمَ ولا أجر، ومَن لا أثرَ لعملِه كالحمَّال

للأجر[١]، فإن حبسَ فضاعَ فلا غرمَ ولا أجر)[٢]، هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما: العينُ كانت مضمونةً قبلَ الحبس، فكذا بعده، ثمَّ هو بالخيار عندهما، إن شاءَ ضمَّنَهُ قيمتَه غيرَ معمول، ولا أجرَ له، وإن شاءَ ضمَّنَهُ معمولاً وله الأجر.
(ومَن لا أثرَ[٣] لعملِه): أي ليسَ شيءٌ من مالِهِ قائماً بتلكَ العين، (كالحمَّال[٤]

والعامل يمكن أن يحترز عنه بأن يعملَ في منزل نفسه، فلا يكون مضطراً إليه، فلا جرمَ أن يكون راضياً بالتسليم مع إمكان التحرّزِ عنه، فيبطل حقّه في الحبس، كما إذا سلّم المبيع برضاه، فليس له حقّ الاسترداد(١).

[١]قوله: للأجر؛ إذا كان حالاً، أمّا إذا كان الأجرُ مؤجّلاً فلا يملكُ حبسها؛ لأنّ التسليمَ ليس الواجبُ عليه للحال، فلا يملكُ الحبس، كما لو باع شيئاً بثمنٍ مؤجَّلٍ ليس له الحبس. كذا في «المنح»(٢)، وغيره.

[٢]قوله: فلا غرم ولا أجر؛ أمّا عدم وجوبِ الضمان؛ فلأنّ العينَ أمانةٌ في يده عند الإمام، وكان له أن يحبسَها بالأجرةِ شرعاً، فلا يكون به متعدّياً، فلا وجه لوجوبِ الضمان، وأمّا عدمُ وجوبِ الأجر؛ فلأنَّ المعقودَ عليه هلكَ قبل التسليم، وهو موجبٌ لسقوطِ البدل، كما أنَّ المبيعَ إذا هلكَ قبل القبضِ سقط الثمن.

[٣]قوله: ومن لا أثر...الخ؛ يعني وكلُّ صانعٍ ليس لعملِه أثرٌ في العين كالحمّال والملاح وغاسلُ الثوب ليس له أن يحبسَ العين للأجرة؛ لأنَّ المعقودَ عليه هو نفسُ العمل، وهو عرض، ولا له أثرٌ يقوم مقامَه، فلا يتصوَّر حبسُه.

ولو حبسَ تلك العين فضاعت، ضمن ضمان الغصب، وصاحبُها بالخيار إن شاء ضَمَّنَ المستأجر قيمتها محمولة، وله الأجر، وإن شاء غير محمولة، ولا أجر له. صرّح به في «الجوهرة».

[٤]قوله: كالحمال؛ - بالحاء المهملة - ، للمبالغة مأخوذاً من الحمل، يقال: حملتُ المتاعَ حملاً، من باب ضرب فهو حامل، وفي بعض النسخ بالجيم، بمعنى سائقِ الجمل،

(١) ينظر: «التبيين»(٥: ١١١).
(٢) «منح الغفار»(٢: ٢٣٣/ب).

والملاّحِ وغاسلِ الثّوب لا حبسَ له، بخلافِ رادِّ الآبق، ولمن أُطلقَ له العملُ أن يستعملَ غيرَه، فإن قيَّدَ بيدِه فلا

والملاّحِ[1] **وغاسلِ الثّوب**[2] **لا حبسَ له، بخلافِ رادِّ الآبق**[3]) ، فإنَّ الآبقَ كان علىَ شرفِ الهلاك، فكأنَّهُ أحياه، وباعَ منه بالجعل، وعند زفرَ ﷺ ليسَ له حقُّ الحبسِ سواءٌ كان لعملِهِ أثرٌ في العينِ أو لا.

(**ولمن أُطلقَ**[4] **له العملُ أن يستعملَ غيرَه، فإن قيَّدَ بيدِه فلا**) ، كما إذا أمرَهُ أن يخيطَهُ بيدِه.

وما قرَّرناه في المتنِ هو أولى؛ لأنَّ الحملَ يجوزُ أن يقع على الظهرِ وعلى الدّابة فيكون أعمُّ [من] لفظ الجمّال بالجيم.

[1]قوله: **والملاّح**؛ بالتشديد السّفان، وهو الذي يجري السفينة في البحر.

[2]قوله: **وغاسل الثوب**؛ أي لتطهيره لا لتحسينه، فإنّه إذا كان يغسلُ لتحسينه فله حقّ الحبس، قال في «البحر»: أطلقه فشملَ أو إذا لم يكن لعمله إلا إزالة الدَّرنِ بالغسلِ فقط على الأصحّ؛ لأنَّ البياضَ كان مستتراً، وقد ظهرَ بفعله، فكأنّه أحدثه فيه. انتهى.

[3]قوله: **بخلافِ رادِّ الآبق**؛ يعني بخلافِ رادِّ الآبق فإنّه يحبسه على الجعل، وإن لم يكن لعملِه أثر؛ لأنّه كان على شرفِ الزوالِ والهلاك، فأحياهُ بالردّ، فكأنّه باعه، فكان له حقُّ الحبس.

[4]قوله: **ولمن أطلق**...الخ؛ يعني وكلُّ صانعٍ أطلق المستأجرُ له العمل، فله أن يستعملَ ويستأجر غيرَه، كما إذا أمره أن يخيطَ هذا الثوب بدرهم، فاللازمُ عليه العمل، سواء أوفاه بنفسِهِ أو باستعانةِ غيره، كالمأمورِ بقضاءِ الدَّين، فإنّ الإيفاءَ يحصلُ من المديون، وبالتبرُّعِ من غيره.

وإن قيَّدَ العملَ بيده بأن قال: خِطْهُ بيدك، فليس له أن يستعملَ غيره ولو غلامه أو أجيره؛ لأنّ عمله يكون هو المعقود عليه، وإذا استأجر دابّة بعينها للحمل فليس للمؤجّر أن يُسَلِّم غيرها.

ولأجيرِ المجيءُ بعيالِهِ إن ماتَ بعضُهم، وجاءَ بمَن بقيَ أجرةً بحسابه، وحاملُ قطّ أو زادٍ إلى زيدٍ بأجرٍ إن ردَّهُ لموتِه

(ولأجيرِ المجيءُ[1] بعيالِهِ إن ماتَ بعضُهم، وجاءَ بمَن بقيَ أجرةً بحسابه، وحاملُ[2] قطّ أو زادٍ إلى زيدٍ بأجرٍ إن ردَّهُ لموتِه[3]

[1]قوله: **ولأجير المجيء**...الخ؛ يعني مَن استأجر رجلاً ليذهب إلى الأجرة مثلاً فيجيء بعياله، فوجد بعضهم ميّتاً، فأتى بمَن بقي من العيالِ فللأجير أجره بحسابه؛ لأنّه أوفى بعض المعقود عليه، فيستحقُّ العوض بقدر ما أوفى، وبطل بقدر ما لم يوفِ، وهذا إذا كان عددُ عيالِه معلوماً، حتى يكون الأجرُ مقابلاً بجملتهم، وأمّا إذا كانوا غير معلومين فالأجيرُ يستحقُّ جميعَ الأجرة. صرَّح به العَيْنِيُّ[(1)]، والزَّيْلَعِيُّ[(2)]، وغيرهما.

وإذا استأجر في المصر مثلاً ليحمل الحنطة من القرية، فذهبَ الأجير فلم يجد الحنطة، فعاد فإن كان قال: استأجرت منك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية، يجبُ نصفُ الأجرِ بالذهاب.

وإن قال: استأجرتُ منك حتى أحملَ من القرية لا يجبُ شيء؛ لأنَّ الإجارةَ كانت بشرطِ الحمل لا غير، وفي الصورة الأولى كان العقدُ على شيئين الذهابُ إلى ذلك الموضع والحمل منه، وقد ذهب إليه، فاستوفى بعض المعقود عليه، فيجبُ الأجرُ بحصّته. ذكره في «النهاية» نقلاً عن الفضلي ﷺ[(3)].

[2]قوله: **وحامل**...الخ؛ يعني مَن استأجرَ رجلاً ليذهب بكتابه أو بطعامه إلى زيدٍ في البصرة مثلاً، فذهب إليها فوجده ميّتاً، فردَّ ذلك الكتاب أو الطعامِ إلى المستأجرِ لموت زيدٍ فلا أجر له.

[3]قوله: **لموته**؛ ولو وجدَه غائباً فهو كما لو وجدَه ميّتاً؛ لتعذُّرِ الوصول إليه، ولو ترك الكتابَ هناك ليوصلَ إليه أو إلى ورثته، فلَهُ الأجرُ في الذهاب؛ لأنّه أتى بما في وسعه، وكذا لو استأجرَ رسولاً ليبلغَ رسالته إلى فلان ببغداد، فلم يجد فلاناً، وعاد فله

(1) في «رمز الحقائق»(2: 193).

(2) في «تبيين الحقائق»(5: 112).

(3) ينظر: «تبيين الحقائق»(5: 112).

لا شيءَ له

لا شيءَ له)، هذا عند[1] أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ ، وعند محمَّدٍ له أجرُ الذَّهابِ[2] في القطِّ: أي الكتاب[3]، وفي الزَّاد لا شيءَ له اتِّفاقاً[4] حيثُ نقضَ عملَهُ بالرَّدّ.

الأجر؛ لأنَّ الأجر بقطع المسافة؛ لأنه في وسعه، وأمّا الإسماعُ فليس في وسعِهِ فلا يقابله الأجر. ذكره الشُّمُنِّيُّ(١)، والزَّيْلَعِيُّ(٢)، وغيرهما.

[١]قوله: هذا عند...الخ؛ لهما إنّ المعقود عليه هو نقلُ الكتاب إذ هو الأمر المقصود بين الناس؛ لأنَّ فيه تعظيمُ المكتوبِ إليه، وصلة الرحم، أو وسيلة إلى المقصود، وهو العلم في الكتاب، فإذا ردّه فقد نقضه، أمّا حقيقة فظاهر، وأمّا اعتباراً؛ فلأنَّ تركَ الكتابِ ثمة مفيد، فإنّه قد يصل إلى ورثته فينتفعون به، فإذا فاتَ المقصودُ فقد صارَ الأخير ناقضاً للعمل، فلا يستحقّ الأجر.

[٢]قوله: وعند محمّد له أجر الذهاب؛ لأنّه أوفى في بعض المعقود عليه دون البعض، فيستحقُ الأجرَ بقدرِ ما أوفى، وهذا لأنَّ المعقود عليه هاهنا قطعَ المسافة؛ لأنّ الأجر مقابل به لما فيه من المشقّة دون نقلِ الكتاب لخفة مؤنته(٣).

[٣]قوله: أي الكتاب؛ قال في «المصباح المنير»(٤): القطّ: الكتاب، والجمع قطوط، مثل حمل وحمول. انتهى.

[٤]قوله: اتّفاقاً؛ أي بين الإمامِ وصاحبيه، وقال زفر : له الأجر في الطعام؛ لأنَّ الأجر يقابل حمل الطعام، وقد وفى بالمشروط بخلافِ نقل الكتاب؛ فلإنّه لا أجر فيه، فإنّه لا يقابل الحمل، فإنّه لا مؤنة.

والجوابُ أنّ الأجرَ مقابل بالنقل في هاتين الصورتين؛ لأنّه وسيلة إلى المقصود، وهو وضعُ الطعامِ في البصرة مثلاً، وعلم المكتوب إليه بما في الكتاب فإذا ردّه فقد نقضَ المعقود عليه فلا يستحقّ الأجر، وهذا كما إذا نقضَ الخيّاطُ الخياطة بعد الفراغ فلا يستحقُّ الأجر.

---

(١) في «كمال الدراية»(ق٤٥٦).

(٢) في «التبيين»(٥: ١١٢).

(٣) ينظر: «التبيين»(٥: ١١٢).

(٤) «المصباح المنير»(ص٥٠٩).

[باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز]

وصحَّ استئجارُ دارٍ أو دُكَّانٍ بلا ذكرِ ما يعملُ فيه، وله كلُّ عملٍ سوى موهنِ البناء كالقِصارة

[باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز]

(وصحَّ استئجارُ[1] دارٍ أو دُكَّان بلا ذكرِ ما يعملُ فيه)، فإنَّ العملَ المتعارفَ فيها السُّكنى، فينصرفُ إليه، (وله كلُّ عملٍ[2] سوى موهنِ البناء[3] كالقِصارة.

---

[1]قوله: وصحّ استئجار...الخ؛ القياس أن لا يصحّ؛ لأنّ المقصود من الدار والدكان هو الانتفاع، وهو قد يكون بالسكنى، وقد يكون بوضعِ الأمتعة، فينبغي أن لا يجوز ما لم يبيّن العمل، كالأراضي للزراعة، والثياب للبس، ووجه الاستحسانِ ما ذكره الشارح ﷺ بقوله: فإنَّ العمل المتعارف...الخ.

وحاصله: إنَّ العملَ المتعارف فيها السكنى، والمتعارف كالمشروط، فينصرفُ العقد إلى السكنى، بخلافِ الأرضِ والثياب، فإنّهما يختلفان باختلافِ المزروعِ واللابس، فلا بدّ من البيان.

[2]قوله: وله كل عمل؛ يعني وللمستأجر أن يعملَ في الدار والدكان: أي يعمل كلّ شيء من العمل؛ لأنّها لا تختلفُ باختلافِ العامل والعمل، فجاز له أن يعمل فيه ما شاء عند الإطلاق، فله أن يتوضأ ويغتسل، ويغسل الثياب، ويكسر الحطب المعتاد، ويستنجي بحائطه، ويدقُّ فيه وتداً، ويربط الدوابّ في موضعٍ معتاد له، ويسكنها من أحبب، سواء كان بإجارة أو غيرها، وليس للأجير أن يدخلَ دابّته الدارَ المستأجرة بعدما سكن المستأجر.

وذكر في «النهاية» وغيرها: لا يدخل الدوابُّ في عرفنا؛ لأنَّ المنازل ببخارا تضيق عن سكنى الناس، فكيف تتّسع بإدخال الدواب، وإنّما هذا الجوابُ بناء على عرفهم في الكوفة، فحاصله: إنَّ العملَ مبنيٌّ على العرف، وذكر في «الذخيرة» وغيرها: إنّما يكون له ربطُ الدوابّ إذا كان فيها موضعٌ معدّ لذلك، وأمّا إذا لم يكن فليس له ذلك.

[3]قوله: سوى موهن البناء؛ أي سوى عمل يوهن البناء، ويضعفُه كالقصارة والحدادة والطحن، فلا يسكنُ قصاراً ولا حداداً ولا طحّانا؛ لأنّه فيه ضرراً ظاهراً، فإنّه

ولـو استأجرَ أرضاً لبناءٍ أو غرسٍ صحّ، فإذا انقضتِ المدَّةُ سلَّمَها فارغة، إلا أن يغرمَ المؤجِّرُ قيمتَهُ مقلوعاً

ولو استأجرَ أرضاً لبناءٍ أو غرسٍ صحّ[1]، فإذا انقضتِ المدَّةُ[2] سلَّمَها فارغة[3]، إلا أن يغرمَ[4] المؤجِّرُ قيمتَهُ مقلوعاً

يوهن البناء، فيتقيَّد العقدُ بما ورائها دلالةً، إلا إذا رضي المالك، أو اشترط ذلك في عقد الإجارة.

ولـو انهـدمَ البناء بهـذه الأشياء وجـبَ عليه الـضمان؛ لأنّـه متعدٍّ فيها، ولا أجر عليه؛ لأنَّ الـضمانَ والأجرَ لا يجتمعان، وإن لم ينهدم وجبَ عليه الأجرُ استحساناً، والقياس أن لا يجب.

ولـو اختلفا في اشتراطِ ذلـك كـان القـولُ للمؤجّر؛ لأنّه لو أنكرَ أصلُ العقد كان القـول لـه، فكـذا إذا أنكرَ نـوعاً مـن الانتفاع، ولو أقاما البيِّنة كانت بيّنة المستأجرِ أولى؛ لأنّها تثبتُ الزيادة. كما صرّحوا به.

[1]قـوله: **صـحّ**؛ لأنهـا مـنفعة معلـومة تعقـدُ بعقـد الإجارة عادة، فيصحّ كما لو استأجر الأرض للزراعة.

[2]قـوله: **فـإذا انقـضت المدّة**...الخ؛ أي فإذا انقضت مدّة الإجارة طويلة كانت أو قـصيرة لـزمَ المستأجرُ أن يقلـعَ البـناءَ والغرس، ويسلّم الأرضَ فارغةً عنهما؛ لأنّه ليس لهمـا نهايةٌ معلـومة، حتـى يتركـا إليها، وفي تركها على الدوامِ ضررٌ لصاحبِ الأرض، سواء كان بأجرٍ أو بغيره، فوجبَ القلع.

بخلاف ما إذا استأجرها للزراعةِ فانقضت مدَّة الإجارةِ والزرع لم يدرك، حيث يتركُ الـزرعُ على حاله إلى أن يستحصد بأجرِ المثل؛ لأنَّ له نهاية معلومة، فأمكن رعاية الجانبين فيه.

[1]قـوله: **سلَّمها فارغـة**؛ وعليه تـسوية الأرض؛ لأنّـه هـو المخـرّب لهـا، فعليه إصلاحُها. صرَّحَ به الحَمَويُّ، وغيره.

[4]قـوله: **إلا أن يغـرم**...الخ؛ استثناء مـن قـوله: سَـلَّمَها فارغةً: يعني يجبُ عليه قلـعُ البناء والغرس عـند مضيِّ المدّة إلاَّ أن يغرمَ المؤجِّرُ: أي صاحبُ الأرضِ للمستأجرِ قيمةَ ذلك البناءِ أو الغرسِ مقلوعاً؛ لأنَّ في ذلك نظراً لهما.

ويتملَّكَهُ بلا رضا المستأجر إن نقصَ القلعُ الأرض، وإلا فبرضاه، أو يرضى بتركِه، فيكونُ البناءُ والغرسُ لهذا، والأرضُ لهذا

ويتملَّكَهُ بلا رضا المستأجر[1] إن نقصَ القلعُ الأرض، وإلا فبرضاه[2]، أو يرضى[3] بتركِه، فيكونُ البناءُ والغرسُ لهذا، والأرضُ لهذا)

وهذا إذا كانت الأرضُ لا تنقصُ بالقلع؛ لأنَّ الواجبَ دفع الضرر عنها، فإذا كانت الأرضُ تنقص بالقلع تضرّراً به فكان له دفعُ هذا الضررِ بدفعِ القيمة إلى المستأجر، وينفردُ به؛ لأنَّ المستأجرَ لا يتضرَّرُ بذلك، إذ الكلامُ في مستحقِّ القلع، والقيمةُ تقومُ مقامَه.

وإن كانت الأرضُ لا تنقصُ بالقلعِ وأرادَ أن يضمنَ له قيمته ويكون له البناء، فليس له ذلك إلا برضا صاحبه؛ لاستوائهما في ثبوت الملك، وعدم ترجُّحِ أحدهما على الآخر، فلا بدَّ من اتّفاقهما في الترك، بخلاف القلع، حيث ينفردُ به أحدُهما في هذه الحالة دون الآخر.

[1]قوله: **ويتملّكه بلا رضى المستأجر**؛ أي سواء رضيَ المستأجرُ بذلك الغرم والتملّك أو لا؛ لأنَّ في قلعه ضرراً للمؤجِّر، وفي إبقائه وإعطاء القيمة لا ضررَ للمستأجر.

[2]قوله: **وإلا فبرضاه**؛ أي وإن لم تنقصْ الأرضُ بالقلعِ فإنّما يغرمُ المؤجِّرُ القيمةَ ويتملّكه إن رضي به المستأجرُ فلا يتملّكه إن لم يرضَ به؛ لأنَّ الشجرَ والبناء للمستأجر، وفي قلعه لا ضرر.

[3]قوله: **أو يرضى**...الخ؛ أي أو يرضى المؤجِّرُ بتركِ البناء أو الغرس على حاله؛ لأنَّ الحقَّ لربِّ الأرض؛ فإذا رضيَ باستمرارِ البناءِ أو الغرسِ بإجراء بغير أجرٍ كان له ذلك، وهذا التركُ من المؤجِّرِ يكون عاريةً لأرضه إن كان بغيرِ أجر، وإجارة إن كان بأجر.

وقال البِرْجَنْدِيُّ في «شرح النُّقاية»: والظاهرُ أنّ رضاءَ المستأجرِ شرطٌ في ذلك أيضاً، حتى لو رضيَ المؤجِّرُ بالترك، ولم يرضَ المستأجرُ به، فله أن يقلعَ ذلك. انتهى. فلو رجعَ الضميرُ في قوله: يرضى إلى كلٍّ من المؤجِّر والمستأجر لكان أولى.

والرَّطبةُ كالشَّجر، وضَمِنَ بإرداف رجلٍ معه وقد ذكرَ ركوبَه

قولُه: ويتملَّكَهُ بالنَّصب عطفٌ على أن يغرم. وإلاَّ: أي وإن لم ينقص القلعُ الأرض. قوله: أو يرضى عطفٌ على يغرم[1].

فالحاصلُ أنَّهُ يجبُ على المستأجرِ أن يسلِّمها فارغةً إلا أن يوجدُ أحدُ الأمرين:

الأول: أن يعطيَ المؤجِّرُ قيمةَ البناءِ أو الغرسِ مقلوعاً ويتملَّكه، وهذا الإعطاءُ والتَّملُّكَ يكونُ جبراً على تقديرِ أن ينقصَ القلعُ الأرض، ويكونُ برضاءِ المستأجرِ على تقديرِ أن لا ينقصَ القلعُ الأرض.

والأمرُ الثَّاني: أن يرضى المؤجِّرُ بتركِ البناءِ أو الغرسِ في أرضِه. هذا الذي ذكرَه في وجوبِ القلعِ وعدمِ وجوبِه، وفهمَ منهُ ولايةُ القلعِ للمستأجرِ وعدمِها؛ فإنَّهُ قد ذكرَ أنَّه إن نقصَ القلعُ الأرضَ يتملَّكه بلا رضا المستأجر، فحينئذٍ لا يكونُ للمستأجرِ القلع، وفي غيرِ هذه الصُّورةِ يكون.

(**والرَّطبةُ**[2](1) **كالشَّجر**)، فإنَّ لها بقاءً في الأرضِ بخلافِ الزَّرع، فإنّه فإذا انقضتِ المدَّةُ لا يجبرُ على القلعِ قبل أوانِ الحصاد[3].

(**وضَمِنَ بإرداف**[4] **رجلٍ معه وقد ذكرَ ركوبَه**): أي ركوبُ المستأجرِ من غيرِ

---

[1]قوله: **عطف على أن يغرم**؛ بل على قوله: يغرم؛ ليكون منصوباً داخل تحت إن.

[2]قوله: **والرطبة**...الخ؛ يعني والرطبةُ في الأرض المستأجرة، كالشجرِ في القلع إذا انقضت المدّة، إذ ليس لانتهاءها مدّة معلومة.

[3]قوله: **لا يجبرُ على القلع قبل أوانِ الحصاد**؛ لأنَّ له نهاية معلومة، فيوجدُ في التأخير مراعاة الحقَّين بخلاف موتِ أحدِهما قبل إدراكِ الزرع، فإنّه يتركُ بالمسمّى على حاله إلى الحصاد، وإن انفسخت الإجارة؛ لأنَّ إبقاءه على ما كان عليه أولى ما دامت المدّة باقية.

[4]قوله: **وضمن بإرداف**...الخ؛ يعني إذا استأجرَ رجل دابّةً ليركبَها فأردفَ معه

---

(1) المراد بالرطبة ما يبقى أصله في الأرض أبداً، وإنما يقطف ورقه ويباع أو زهره، فلو له نهاية كفجل وجزر فزرع. ينظر: «الدر المنتقى»(٢: ٣٧٧).

نصفَ قيمتها بلا اعتبارِ الثِّقل

ذكرِ الرَّديف، (نصفَ قيمتها بلا اعتبارِ الثِّقل[1])

رجلاً آخر فعطَبتَ الدَّابةُ ضَمِنَ نصفَ قيمتِها، سواء كان أخفّ أو أثقل؛ لأنَّ تلفَ الدابّة إنّما حصل من ركوبِ ذلك الآخر، ولا ينشأ من الثقل، إذ ربّ ثقيلٍ يحسنُ الركوبَ فلا يضرّ ثقله بالدابّة، وخفيفٍ لا يحسنه فيضرّ بها؛ ولأنَّ الآدميّ لا يوزنُ عادة، فاعتبرَ فيه العدد.

وصارَ كما لو جرحَ إنسانٌ إنساناً جراحة، وجرحَه آخر جراحات، ينتصفُ الضمانُ إذ ربّما هلكَ الإنسانُ من جراحةٍ واحدة، وسلمَ من عدد كثير منها، وهذا إذا كانت الدَّابة تطيقُ حملَ الاثنين، وإن لم تطقْ ذلك فيضمنُ كلّ القيمة. صرّح به في «الكافي»، وغيره.

هذا وقيّد بالأرداف؛ لأنّه لو ركبَها وحملَ على عاتقه غيره يضمنُ كلّ القيمة، وإن كانت الدابّةُ تطيقُ ذلك؛ لأنَّ ثقلَ الراكبِ مع الذي حملَه يجتمعان في مكانٍ واحد، فيكون أشقّ عليها، كما لو حمّلها مثل وزنِ الحنطة حديداً. وقيّد بالرجل؛ لأنَّ الرديفَ إذا كان صبيّاً لا يستمسك، يضمن بقدر ثقله.

اعلم أنّ المصنّف ﷺ ذكر ضمانَ نصفِ القيمة، ولم يذكر كم يجب عليه من الأجر، وفي «المحيط»: يجب عليه جميعُ الأجرة إذا هلكت الدَّابّة بعدما بلغت مقصده، ونصفها إذا كان قبله، ثمَّ للمالك الخيارُ إن شاءَ ضَمَّنَ الرَّديف وإن شاء ضَمَّنَ الرّاكب، فالراكبُ لا يرجعُ بما ضَمِن، والرَّديفُ يرجعُ إن كان مستأجراً وإلا فلا، كما صرّحوا به.

فإن اختلج في صدرك أنّ الأجرَ والضمان لا يجتمعان، فكيف اجتمعا في هذه المسألة، فأزحه بأنَّ الأجرَ في مقابلةِ ما استوفاه من منفعةِ ركوبه ولا ضمانَ فيه، والضمانُ في مقابلةِ ما استوفاه رديفه من منفعةِ ركوبه، ولا أجر فاختلف المحلان والسببان، فلا تنافي.

[1]قوله: الثقل؛ - بكسر الثاء، وفتح القاف - : خلافُ الخفّة، - وبكسر الثاء وسكون القاف - : الحمل، - وبفتحتين - : متاع المسافر. ذكره الأَتْقَانِيّ.

وبالزِّيادةِ على حِمْلٍ ذكرَ ما زادَ الثِّقلُ إن أطاقَ حملَه، وإلاّ كلَّ قيمتها، كعطبها بضربه وكبحِه اللِّجام

فإنَّ الخفيفَ الجاهلَ بالفروسيَّة[١] قد يكونُ أضرَّ من الثَّقيلِ العالمِ بها.

(**وبالزِّيادةِ على حِمْلٍ ذكرَ ما زادَ الثِّقلُ إن أطاقَ حملَه، وإلاّ كلَّ قيمتها**): أي ضمنَ[٢] بالزِّيادةِ على حملٍ ذكرَ ما زاد إن كان الحملُ بحيثُ تطيقُهُ هذه الدَّابَّة، وإن لم يكن الحملُ كذلكَ يضمنُ كلَّ قيمتِها، (**كعطبها**[٣] **بضربه وكبحِه اللِّجام**[٤])

[١]قوله: **بالفروسيّة**؛ أرادَ بالفروسيّة معرفةُ كيفيّة الركوب، كيف يقعدُ على ظهر الدابة، وكيف يضمُ فخذيه، وكيف يحطُّ رجليه، وكيف يمسك اللجام والخطام، ذكره العَيْنِيّ(١)، وغيره.

[٢]قوله: **أي ضمن**...الخ؛ يعني إذا استأجرَ الدَّابّة ليحملَ عليها مقداراً، فحملَ عليها أكثرَ منه فعطبت، فإن كانت الدابّةُ تطيقُ مثل ذلك الحملِ ضمنَ ما زادَ الثقل؛ لأنّها هلكت بمأذون فيه، وغير مأذون، والسببُ الثقل، فانقسمَ عليهما، وهذا إذا حمّلَها المستأجر، فإن حمّلَها صاحبُها بيده وحده، فلا ضمانَ على المستأجر؛ لأنَّ صاحبَها هو المباشرُ. صرَّحَ به في «الفصول العماديّة».

وإن حمَّلَ صاحبُ الدَّابة الحمل عليها مع المستأجرِ وجبَ النصفُ على المستأجر؛ لأنها هلكت بفعلٍ يوجبُ الضمان، وهو فعل المستأجر، وفعل لا يوجبه، وهو فعل صاحبُ الدابّة، فيجبُ النصفُ على المستأجر، ويهدر فعل صاحبها. صرَّح به في «المحيط».

وذكر في «الخلاصة»: إنّه يضمن ربعَ القيمة؛ لأنَّ النصفَ مأذونٌ فيه، والنصفُ الآخر بغير إذن، وبحملها يضمنُ نصفَ هذا النصف. نقلَه صاحب «المنح»، وغيره، وإن كانت الدَّابّة لم تطقْ مثل ذلك الحمل فيضمنُ جميع قيمتها لعدمِ الإذن فيه.

[٣]قوله: **كعطبها**...الخ؛ أي كما يضمنُ جميع القيمة إذا عطبت الدَّابةُ بضرب المستأجر إيّاها أو كبحه اللِّجام.

[٤]قوله: **وكبح اللِّجام**...الخ؛ يقال: كبحت الدابة باللّجام كبحاً من باب نفع:

---

(١) في «الرمز»(٧: ٩١٢ - ٩١٣).

وجوازِهِ بها عمَّا استؤجرت إليه، ولو ذاهباً وجائياً، وردِّها إليه

العطبُ: الهلاك، وكبحُ اللِّجام: جذبُهُ إلى نفسِهِ عنفاً، يعني ضمنَ بهلاكِ الدَّابَّةِ بسبب الضَّربِ أو كبحِ اللِّجامِ كلَّ قيمتها عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما لا[1]، إلاَّ أن يكونَ ضرباً أو كبحاً غيرَ متعارف.

(وجوازِهِ بها[2] عمَّا استؤجرت إليه، ولو ذاهباً وجائياً، وردِّها إليه)

جذبته به لتقف، وأكبحته بالألف والجيم: جذبتُ عنانه لينتصبَ رأسه. كذا في «المصباح»(1).

[1]قوله: **وعندهما لا...الخ**؛ يعني وعندهما لا يضمنُ إذا فعلَ فعلاً معتاداً متعارفاً، أمّا في غيرِ المتعارفِ فيجب الضمانُ بالإجماع؛ لأنَّ الكبحَ المتعارفَ أو الضربَ المتعارفَ مّما يدخلُ تحت مطلقِ العقد؛ لكون المعروف عرفاً بمَنْزلةِ المشروط شرطاً، وربَّما لا تكون الدابَّة منقادةً إلا بالضربِ أو الكبح فثبتَ الإذنُ بالعرف فلا يضمنُه.

وللإمام: إنّ الإذنَ مقيّد بشرطِ السلامةِ إذ السوقُ يتحقّق بدونِ الضرب، والكبحُ وهما للبالغة في السير، فيتقيَّدُ الإذنُ بوصفِ السلامة، وذكر في «غاية البيان» نقلاً عن «التتمة»: إنّ الأصحَّ رجوعُ الإمامِ إلى قولهما.

وقال العلامةُ الشاميّ ﷺ(2): ظاهرُهُ إنّ رجوعه في مسألةِ الصغيرِ دون الدَّابّة، وينبغي أن يكون كذلك؛ لأنَّ مسألةَ الدَّابّةِ جرى عليها أصحاب المتون، فلو ثبتَ رجوعُ الإمامِ فيها لما مشوا على خلافه؛ لأنَّ ما رجعَ عنه المجتهد لم يكن مذهباً له. انتهى.

[2]قوله: **وجوازه بها**؛ عطف ثانٍ على قوله: بإردافِ رجل؛ أي ضمنَ بجوازه بتلك الدَّابّة عمَّا استؤجر إليه، وصورته: إنّ رجلاً استأجر دابّةً إلى القادسيّة مثلاً، فجاوزَ بها إلى الكوفةِ مثلاً، ثمّ ردَّها إلى القادسيَّة، ثمّ هلكت فيضمنُ قيمتَها؛ لأنّه صارَ غاصباً، ولا يبرأ عن الضمان بردِّها إلى ما سمّاه وهو القادسية.

وقال زفر ﷺ: لا يضمن؛ لأنّه لما عاد إلى الوفاقِ برأ عن الضمان: كالمودِع.

ولنا: إنَّ يدَ المستأجر ليست يد المالك، ولا بدَّ من الردِّ إليه بعد التعدِّي وبالعود

---

(1) «المصباح المنير»(ص٥٢٣).

(2) في «رد المحتار»(٥: ٢٥).

ونزع سرج حمار مكترى

قوله: وردِّها إليه بالجرِّ عطفٌ على جوازِها[١]: أي يضمنُ بجوازِ الدَّابَّةِ عن موضعٍ استؤجرتْ إليه، ثمَّ ردّها إلى ذلك الموضع، وإن كان الاستئجارُ ذاهباً وجائياً؛ وإنَّما قال هذا نفياً لما قيلَ إنَّه إنَّما يضمنُ إذا استأجرها ذاهباً فقط؛ لأنَّ الإجارةَ قد انتهت بالوصولِ إلى ذلكَ الموضع[٢]، فيضمنُ بالجوازِ عنه، أمَّا إذا أستأجرها ذاهباً وجائياً فجاوز عن ذلك الموضع، ثمَّ ردَّها إليه لا يضمنُ كالمودعِ إذا خالفَ ثمَّ عاد إلى الوفاق، لكنَّ الصَّحيحَ الضَّمان[٣].

أقول: إن هلكتِ الدَّابَّةُ في ذلك الموضعِ بسببٍ يتيقَّنُ بأنَّه لا مدخل لجوازها عن ذلكَ الموضعِ في تحقُّقَ ذلكَ السَّببِ يفتى بعدمِ الضَّمان، وإن هلكتْ بسبب لا يتيقَّنُ بذلك، بل يمكنُ أن يكونَ له مدخلٌ يفتى بالضَّمان.

(ونزعِ سرجٍ[٤] حمارٍ مكترى

لا يكون ردّاً لها إليه بخلاف المودع، فإنّ يدَه يدَ المالك في الحفظ، فإذا عادَ المودعُ إلى الوفاقِ عادَ إلى يدِ المالكِ حكماً.

[١]قوله: **عطف على جوازها**؛ كان الصوابُ أن يقول: عطفٌ على جوازه بها.

[٢]قوله: **قد انتهت بالوصول إلى ذلك الموضع**؛ الذي عيَّنَه عند العقد، فلا يصيرُ المستأجرُ بالعود إلى ذلك الموضع مردوداً إلى يدِ المالك معنىً، فإنّه لمّا كان مودعاً معنى فهو نائبُ المالك، والردُّ إلى النائبِ ردٌّ إلى المالكِ معنى، وأمّا إذا استأجرها ذاهباً وجائياً يكون بمنْزلةِ المودع، حيث يخرجُ من الضمانِ بعد العود إذا خالفَ ثمَّ عاد إلى الوفاق.

[٣]قوله: **لكنَّ الصحيحَ الضمان**؛ والفرقُ أنَّ المودعَ مأمورٌ بالحفظِ مقصوداً، فبقيَ الأمرُ بالحفظِ بعد العودِ إلى الوفاق، فحصل الردُّ إلى يد نائبِ المالك، وفي الإجارة والعارية يصيرُ الحفظُ مأموراً به، تبعاً للاستعمال لا مقصوداً، فإذا انقطعَ الاستعمالُ لم يبقَ هو نائباً، فلا يبرأ بالعود. كذا في «الهداية»(١).

[٤]قوله: **ونزع سرج...الخ**؛ بالجرِّ عطفٌ ثالثٍ على قوله: بإردافِ رجل؛ أي ضمنَ بنَزع سرج... الخ؛ وتقريره: إنَّ رجلاً لو اكترى حماراً بسرج، فنَزع السرجَ

---

(١) «الهداية»(٣: ٢٣٧).

وإيكافِهِ مطلقاً، وإسراجِهِ بما لا يسرجُ بمثلِهِ دونَ ما يسرجُ بمثلِه

وإيكافِهِ(١) **مطلقاً**[١]**، وإسراجِهِ بما لا يسرجُ بمثلِهِ دونَ ما يسرجُ بمثلِه)**: أي إن اكترى حماراً مسرجاً فَنَزَعَ السَّرج، وأوكفَهُ وحملَ عليهِ فهلك ضمنَ[٢] سواءٌ كان

فأسرجَه بسرج لا يسرجُ بمثلِهِ الحمر أو أوكفه مطلقاً أو نزع الإكافِ وأسرجه بسرجٍ لا يسرجُ بمثله، فعطبَ ضمنَ جميع قيمته؛ لأنَّ الإكافَ يستعملُ لما لا يستعملُ له السرج، وأثره يخالفه أيضاً.

فكان خلافاً إلى خلافِ جنسِ المستحقّ، فلم يصر مستوفياً شيئاً من المسمّى، فيضمنُ الكلّ، وقال أبو يوسف ومحمّد ﷺ: إنّ الإكاف كالسرج، فلا يضمنُ إذا كان يوكف بمثلِهِ الحمر إلاَّ إذا زادَ على السرجِ المنزوعِ فيضمنُ الزيادة؛ لأنّه كالسرج، فرضاه به كرضاه بالإكاف.

واعلم أنَّ مجرَّدَ نزعِ السرجِ موجبٌ للضّمان، كما أفادَه كلامُ الماتن، وصرَّح به الحَمَويُّ وغيره، وقال في «الجوهرة»: لو استأجرها ليركبها بسرجٍ لم يركبها عرياً، وإن استأجرها للركوبِ لم يجزْ أن يحملَ عليها متاعاً، ولا يجوزُ أن يستلقيَ عليها، ولا يتكئ على ظهرِها، بل يكون راكباً على العرف والعادة. انتهى.

[١]قوله: **وإيكافه مطلقاً**...الخ؛ أي سواءً أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر أو لا، وإكاف الحمار بالكسر، وبضم: كَليم سطبر كه زير يالان بريشت خز منهند وبه يارسي آنرا خوي كَير كَويندااكف جمع آكف ايكافا بست حوى كَيررا بريشت غر. كذ في «منتهى الأرب».

وقال العلامة الشاميّ ﷺ في «حاشيته على الدر المختار»(٢): إنّ هذا المعنى هو الأصل، وفي عرف زماننا الإكاف للحمار ما يركب عليه بمنزلة السراج للفرس. انتهى.

[٢]قوله: **فهلك ضمن**؛ لأنّه لم يتناوله الإذن من جهةِ المالك، فصار مخالفاً، ولمّا ضمنَ مع السرجِ الآخر مع أنّه من جنسِهِ فالضمانُ بالإكاف مع أنّه من خلافِ جنسه أولى.

---

(١) الإيكاف والأكاف من الراكب شبه الرِّحال والأقتاب. ينظر: «اللسان»(١: ١٠٠).

(٢) «رد المحتار»(٤: ٥٥٠).

وسلوكِ الحمّالِ طريقاً غيرَ ما عيَّنَهُ المالك وتفاوتا أو لا يسلكُهُ النَّاسُ

الإيكافُ مِمَّا يوكفُ هذا الحمارُ بمثلِهِ أو لا، وإن نزعَ السَّرجَ وأسرجَهُ بسرجٍ آخر، فإن كان هذا السَّرجُ مِمَّا لا يسرجُ هذا الحمارُ بمثلِهِ يضمن، وإن كان يسرجُ بمثلِهِ لا يضمنُ إلاَّ إذا كان في الوزنِ زائداً على الأوَّل فيضمنُ بحسابِه، وهذا عندَ أبي حنيفة ﷺ[1]، وعندهما: إن أوكفَهُ بإيكافٍ يؤكفُ بمثلِهِ لا يضمنُ[2] إلاَّ إذا كان زائداً في الوزنِ على السَّرجِ الذي نزعَهُ فيضمنُ بقدر الزِّيادة.

(**وسلوكِ الحمّالِ**[3] **طريقاً غيرَ ما عيَّنَهُ المالك وتفاوتا أو لا يسلكُهُ النَّاسُ**،

[1]قوله: **وهذا عند أبي حنيفةَ** ﷺ...الخ؛ وقيل عن أبي حنيفةَ ﷺ روايتان: في رواية: الإجارةُ تضمنُ بقدر ما زادَ، وفي رواية هذا الكتاب: جميع القيمة، قال شيخ الإسلام ﷺ: وهو الأصحّ.

وتكلّموا على معنى قولهما: إنه يضمن بحسابه، فمنهم مَن قال: إنّه يقدر بالمساحة، حتى إذا كان السرجُ يأخذُ من ظهرِ الدَّابةِ قدرَ شبرين، والإكافُ قدرَ أربعة أشبار، فيضمن بحسابه، وقيل: يعتبر بالوزن. كذا في «رمز الحقائق»(1).

[2]قوله: **لا يضمن**؛ لأنَّ الإكافَ إذا كان يوكفُ بمثلِهِ الحمر كان هو والسرج سواء، فيكون المالك راضياً، فلا يجبُ عليه الضمان إلا إذا الإكافُ زائداً في الوزنِ على السرج، فيجبُ عليهِ الضمانُ بقدرِ ما زادَ؛ لأنَّ المالكَ لم يرضَ بالزيادة، فصار المستأجرُ متعدِّياً، فصار كالزيادة في الحمل المسمَّى إذا كانت من جنسه.

والجواب: إنَّ الجنسَ مختلفٌ معنىً وصورة، أمّا معنىً فلأنَّ الإكافَ إنّما وضع للحمل، والسرجُ إنّما وضع للركوب، وأمّا صورةً؛ فلأنّ الإكاف ينبسطُ على ظهر الدابّة ما لا ينبسط عليه الآخر، فصار كما إذا حملَ الحديد، وقد شرط له الحنطة، فيضمنُ بوجودِ المخالفة صورةً ومعنى، فكذا هذا.

[3]قوله: **وسلوك الحمال**...الخ؛ يعني ويضمن بسلوكِ الحمار... الخ.

وصورته: أنّ رجلاً استأجرَ حمّالاً ليحملَ له طعاماً في طريق فلانيّ، فأخذَ الحمّال في غيرِ الطريق الذي عيّنه المستأجر، وتفاوت الطريقان بأن كان الطريق المسلوك

(1) «رمز الحقائق»(٢: ١٩٦).

وحملُهُ في البحر، ولهُ الأجرُ إن بلغ، ومَن استأجرَ أرضاً لزرعِ برٍّ فزرعَ رَطبةً

وحملُهُ في البحر، وله الأجرُ إن بلغ[1]): أي للحمَّالِ الأجرُ في جميعِ ما ذكرَ إن بلغَ المنزلَ لحصول المقصود.

(ومَن استأجر[2] أرضاً لزرعِ برٍّ فزرعَ رَطبةً

أعسر أو أبعد أو أخوف من الطريق الآخر، وكان الطريقُ المسلوكُ ممّا لا يسلكُهُ الناس، وإن لم يكن بين الطريقين تفاوتٌ أو حمل الحمّال ذلك المتاعُ في البحرِ إذا قيّد بالبرّ فتلفَ المتاع في هذه الصور ضمنَ الحمّال؛ لأنَّ التقييدَ صحيح، فإذا خالفَ الحمّالُ ذلك فقد تعدّى.

أما إذا الطريقان متفاوتين أو كان الطريقُ المسلوكُ ممّا لا يسلكه الناس فصحّة التقييد ظاهر؛ لأنّه إنّما قيّد بهذا ليحفظَ متاعه، فإذا خالفَه صارَ متعدّياً، وأمّا إذا حمله في البحر فلخطر البحر، ولندرة السلامة، وإن بلغَ الحمّال منْزل المقصود فله الأجرُ لحصولِ المقصود وارتفاعِ الخلاف معنى، فلا يلزمُ اجتماعُ الأجرِ والضمان؛ لأنّهما في حالتين لا في حالة واحدة.

فقوله: أو لا يسلكه الناس قيدٌ مفيد، ومَن قال: إنّه لا حاجةَ إليه؛ لأنَّ تفاوت الطريقين يغنى عنه. انتهى. فلعلّه من قلّة التدبّر؛ لأنّه لا بدَّ من ذكرِ هذه المسألة لكونه مستقلة، وقيّد بالتعيين؛ لأنّه لو لم يعيّن لا ضمان.

وذكر في «المنح» نقلاً عن «الخلاصة»: الحمّال إذا نزل في مفازةٍ وتهيأ له الانتقالُ فلم ينتقل حتى فسدَ المتاع بمطرٍ أو سرقةٍ فهو ضامنٌ إذا كانت السرقةُ والمطرُ غالباً. انتهى. وقيّدنا بكونه قيد بالبرّ؛ لأنّه لو لم يقيّد به لا ضمان. صرّح به في «البحر»(1).

[1]قوله: إن بلّغَ؛ - بالتشديد - : أي إن بلغَ الحمّال المتاعَ إلى ذلك الموضعِ المعيَّن أو بالتخفيف على إسناد الفعلِ إلى المتاع: أي إن بلغَ المتاعُ إلى ذلك الموضع المذكور.

[2]قوله: ومَن استأجر...الخ؛ يعني ومَن استأجرَ أرضاً ليزرعَها حنطةً فزرعَها رطبة، ضمنَ ما نقصت الأرض؛ لأنَّ الرطاب أكثرُ ضرراً بالأرضِ من البر؛ لانتشارِ عروقها وكثرةِ الحاجة إلى سقيها، فكان خلافاً إلى شرّ مع اختلافِ الجنس، فيجب عليه جميع النقصان.

---

(1) «البحر الرائق»(٧: ٣١١).

ضَمِنَ ما نقصتْ بلا أجر، ومَن دفعَ ثوباً ليخيطَهُ قميصاً

ضَمِنَ ما نقصت[١] بلا أجر) ؛ لأنَّهُ[٢] صارَ غاصباً، وحكمُ الغصبِ هذا.
(ومَن دفعَ ثوباً[٣] ليخيطَهُ قميصاً

بخلاف ما إذا استأجرَ دابَّةً للركوبِ أو للحملِ فأردفَ معه غيره أو زادَ المحمولُ على قدرِ المسمّى حيث يجبُ عليه من الضمان بحسابه ؛ لأنّها تلفت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه، فيجب عليد بقدر ما تعدّى.

[١]قوله: **ضمن ما نقصت** ؛ وإن زرعَ فيها ما هو أقلُّ ضرراً من البرّ لا يجب عليه الضمان، ويجب عليه الأجر ؛ لأنّه خلاف إلى خير فلا يصير به غاصباً. ذكره العَيْنِي(١)، وغيره.

[٢]قوله: **بلا أجر لأنه**...الخ ؛ يعني ولا أجرَ عليه في هذه الصورة ؛ لأنّه لمّا خالفَ صار غاصباً فاستوفى المنفعة بالغصب فلا يجب الأجر به.

[٣]قوله: **ومَن دفعَ ثوباً**...الخ ؛ أي ومَن دفعَ ثوبَه إلى خيَّاطٍ بدرهم مثلاً ليخيطه قميصاً فخاطه قباء، فيكونُ الدافعُ بالخيارِ إن شاء ضمّنه قيمة الثوب، وحينئذٍ يكون ذلك القباءُ للخياط ؛ لأنّه ملكه بأداء الضمان، وإن شاء أخذ القباءَ وأعطاهُ أجرَ مثله ولم يزْد على ثمن عينه عند العقد.

وروى الحسن عن أبي حنيفةَ ﷺ: إنّه لا خيارَ لربّ الثوب، بل يضمّنه قيمة الثوب ؛ لأنَّ القباءَ خلافُ جنسِ القميص، فكان الخيَّاطُ مخالفاً من كلِّ وجه، فكان غاصباً من كلِّ وجه، وحكمُ الغاصبِ من كلّ وجهٍ هو الضمانُ لا غير.

ووجه ظاهرِ الرواية: إنَّ القباءَ قميصٌ من كلِّ وجه ؛ لأنّه يمكنه شدُّه والانتفاعُ به انتفاع القميص فصار موافقاً من هذا الوجه، وهو مخالف من حيث التقطيع والقالب، فصاحب الثوبِ يميلُ إلى أيّهما شاءَ من الجهتين، فإن مالَ إلى الخلافِ ضمَّنَه قيمته، وصار الثوب للخيّاط، وإن مالَ إلى الوفاق يأخذُ القباءَ ويعطيه أجرَ مثله، ولم يزدْ على ما عيَّنَه ؛ لأنَّ صاحبَ الثوبِ لم يرضَ بالمسمَّى إلا مقابلاً بخياطةِ القميص.

فإذا خالفَه الخيّاطُ فات رضاه، فلا يجب عليه المسمَّى، والخيّاطُ لم يخطْه مجّاناً،

(١) في «رمز الحقائق»(٢: ١٩٦).

فخاطَهُ قباءً ضمَّنَهُ قيمةَ ثوبِه، أو أخذَ القباءَ بأجرِ مثلِه، ولم يزدْ على ما سمّي

فخاطَهُ قباءً[1](1) ضمَّنَهُ قيمةَ ثوبِه، أو أخذَ القباءَ بأجرِ مثلِه، ولم يزدْ على ما سمّي)؛ لأنَّهُ لا يزادُ على المسمَّى عندنا في الإجارةِ الفاسدة.

فيجبُ عليه أجرُ مثله ولا يجاوز به المسمّى؛ لأنَّ المنافعَ لا تتقوّم إلا بالعقدِ أو شبهه، وليس فيما زاد على المسمّى عقد ولا شبهه فلا يتقوّم، ولا يجب، ألا ترى أنّهم صرّحوا بأنّ الخيَّاط لو خاطه قميصاً مخالفاً لما وصفَه صاحبُ الثوب يجبُ عليه أجرُ المثلِ ولا يجاوز به المسمّى(2).

وذكر العَيْنيُّ ﷺ في «شرح الكنز»(3): لو خاطَه سراويل وقد أمرَ بالقباءِ ضمنَ من غير خيار، وقيل: يخيّر، وهو الأصح. انتهى. ووجهُ الاتِّحادِ في أصلِ المنفعة من حيث السترِ ودفع الحرّ والبرد وغير ذلك.

[1]قوله: قباء؛ قال بعضُهم: إنّ المرادَ بالقباء هاهنا هو القرطق، وهو الذي يلبسه الأتراك مكان القميص، وهو ذو طاقٍ واحد؛ لأنَّ القرطق يستعملُ استعمالَ القباء فإنّه يلبس مثل ما يلبس القباء ويدخل اليدان من الكمين فيه، كما في القباء، القباء ممدود، عربي والجمع أقبية. كذا في «المصباح»(4)، وقال في «المنتخب»: قباء: جامه ولايتى، معروف. انتهى.

والقَرْطَق: مثال جعفر، ملبوس يشبه القباء، وهو من ملابسِ العجم. كذا في «المصباح»(5)، لكن قال في «الصراح»: قرطق: كجندب، معرب كرمه وآن يارجه انيست يوشيد ني. انتهى. قال وفي «المنتخب»: قرطق: بالضم يوشيدني ست، معروف، معرب كرمه. انتهى.

والقميص: بيراهن قمصان، بالضم أقمصه ج. كذا في «الصراح»، وقال في

---

(1) القَباء: ثوبٌ يلبس فوق الثياب ويتمنطق عليه: أي يوضع له نطاق: أي حزام. ينظر: «معجم الفقهاء»(ص٣٥٥).

(2) ينظر: «التبيين»(٥: ١٢٠).

(3) «رمز الحقائق»(٢: ١٩٦).

(4) «المصباح»(ص٤٩٩).

(5) «المصباح المنير»(ص٤٩٨).

....

....

«المنتخب»: وبعضي كَفته اند قميص بيراهن ينبه واكر از صوف باشد آنرا قميص نكَويند. انتهى. وقال بعضُهم: إنّ القباءَ في هذه المسألة مجرى على إطلاقه؛ **لأنّه أطلقَ في الكتاب**، فظهرَ أنَّ الحكمَ في الكلّ واحد؛ لأنّهما يتقاربان في المنفعة من حيث دفع الحرّ والبرد، وغير ذلك ممّا ذكرنا، ولكلٍّ واحد منهما كمّان وذيل ودخريص.

❊❊❊

باب الإجارة الفاسدة

الشَّرطُ يفسدها ، وفيها أجرُ المثلِ لا يزادُ على المسمَّى

باب الإجارة الفاسدة[1]

(**الشَّرطُ يفسدها**) ، والمرادُ شرطٌ[2] يفسدُ البيع ، (**وفيها أجرُ المثلِ**[3] **لا يزادُ على المسمَّى**) ، هذا عندنا

---

[1]قوله : **باب الإجارة الفاسدة** ؛ لما فرغ المصنِّف ﷺ عن بيان أحكامِ الإجارةِ الصحيحة شرعَ في بيانِ أحكامِ الإجارةِ الفاسدة ، وقدَّم الصحيحة ؛ لأنّها موجودةٌ بأصلها ووصفها.

فكانت أولى بالتقديم من الإجارةِ الفاسدةِ التي هي موجودة بأصلها دون وصفها ، على أنَّ الصحّة أولى وأشرف من الفساد ، فكان للإجارةِ الصحيحة شرفاً وفضلاً على الفاسدة ، والأشرفُ أحقٌّ بالتقديم ، والأدنى أليق بالتأخير.

[2]قوله : **المراد شرط**...الخ ؛ أفادَ أنّ اللام في قوله : الشرط ، يفسدها للعهد ، والمرادُ بالشرط هاهنا شرطٌ يفسد البيع ، وهو شرطٌ مخالفٌ لمقتضى العقد ، كما إذا استأجَّرَ رحى ماء على أنّه إن انقطعَ الماء فالأجرُ عليه ، فهذا الشرطُ مفسدٌ لعقد الإجارة.

فإنّ مقتضى عقد الإجارةِ أن لا يجبَ الأجرُ إلا بالتمكّن من استيفاء المعقود عليه ، ووجه الإفساد : إن الإجارةَ في المنافع بمنْزلة البيعِ في الأعيان ؛ ولهذا تُقال وتُفسَخ ، والشروطُ التي لا يقتضيها البيعُ تفسده ، فكذا الشروطُ التي لا يقتضيها الإجارة تفسدها.

[3]قوله : **وفيها أجرُ المثل**...الخ ؛ يعني إنَّ الواجبَ في الإجارةِ الفاسدةِ هو أجرُ المثل لا يجاوزُ به المسمّى ، وهذا إذا لم يكن الفسادُ لجهالةِ المسمّى أو لعدمِ التسمية ، فإن كان لجهالةِ المسمَّى أو لعدمِ التسمية يجبُ أجرُ مثلِه بالغاً ما بلغ.

وكذا إذا كان بعضُه معلوماً وبعضُه غيرَ معلوم ، مثل أن يسمِّي دابّة أو ثوباً أو يستأجرَ الدّار أو الحمام على أجرةٍ معلومةٍ بشرط أن يعمّرها أو يرمّمها ، وقالوا : إذا استأجر داراً على أن [لا] يسكنها المستأجر فسدت الإجارة ، ويجب عليه إن سكنَها أجرُ المثلِ بالغاً ما بلغ. ذكره العَيْنِيُّ[1] ، وغيره.

---

(1) في «رمز الحقائق»(٢ : ١٩٧).

وصحَّ إجارةُ

وعند زُفر[١] والشَّافعيّ[١] ﷺ يجبُ بالغاً ما بلغ، كما في البيعِ الفاسدِ تجبُ قيمةُ العينِ بالغةً ما بلغت.

ولنا[٢]: أنّ المنافعَ غيرُ متقوّمةٍ بنفسها بل بالعقد، وقد أسقطا الزّيادة فيه.

(وصحّ[٣] إجارة

[١]قوله: **وعند زفر** ﷺ...الخ؛ يعني وقال زفر والشافعيّ وكذا مالك وأحمد ﷺ: يجب أجرُ المثلِ في الإجارةِ الفاسدةِ بالغاً ما بلغ؛ لأنَّ المنافعَ متقوِّمةٌ، وقد تعذَّرَ إيجابُ المسمَّى للفساد، فيجبُ المصير إلى القيمة، كما أنّ البيعَ إذا فسدَ وجبت القيمةُ بالغةً ما بلغت، وهذا بناءً على أنّ المنافعَ كالأعيان عندهم.

[٢]قوله: **ولنا: إن**...الخ؛ يعني ولنا: إنّ المنافعَ لا تتقوّم بنفسها؛ لأنَّ التقوُّمَ يستدعي سبقَ الإحراز، والمنافع لا تبقى، وكل ما لا يبقى لا يحرز، وإنّما تصيرُ متقوّمة بالعقدِ شرعاً؛ لضرورة حاجة الناس إليها، والضروريُّ يتقيّد بالضرورة، والضرورةُ تندفعُ بالإجارةِ الصحيحةِ دون الفاسدة، فيكتفي بها.

إلاّ أنَّ الفاسدَ من كلّ عقدٍ يلحقُ بصحيحه؛ لأنَّ الفاسدَ مشروعٌ بأصله دون وصفه، وفي تميّزه عن الصحيحِ حرج، فيعتبرُ في الفاسدِ من الإجارة ما يعتبرُ في صحيحها من البدل، وهو أجرُ المثلِ إلا أنَّ المتعاقدين إذا اتّفقا على مقدارٍ فقد أسقطَ الزيادة، وإذا نقصَ أجرُ المثلِ لم تجبْ زيادةُ المسمَّى بفسادِ التسمية.

والجوابُ عن قياسِ زفرَ والشافعي ﷺ: إنَّ العينَ تتقوَّمُ بنفسها، والقيمةُ هو الموجبُ الأصليّ، فإن صحّت التسمية انتقلَ الواجبُ عن الموجبِ الأصليّ إلى المسمّى وإلاّ فلا.

[٣]قوله: **وصحّ**...الخ؛ يعني مَن استأجر داراً كلّ شهر هكذا صحّ العقدُ في شهرٍ واحدٍ فقط، وفسد في الباقي إذ لا يمكن تصحيحُ العقد على جملة الشهور لجهالتها، والأصلُ أنَّ لفظَ: كلّ؛ موضوع للعموم، وقد تعذَّرَ العملُ به؛ لأنَّ الشهورَ لا نهاية لها، والواحد معيَّن، فيصحُّ فيه.

---

(١) ينظر: «النكت»(ص٥٦٦)، وغيرها.

دارٍ كلَّ شهرٍ بكذا في واحدٍ فقط، وفي كلِّ شهرٍ سكنَ ساعةً في أوَّله، وفي كلِّ شهر إن عُلِمَ مدَّتُه

دارٍ كلَّ شهرٍ[1] **بكذا في واحدٍ فقط، وفي كلِّ شهرٍ سكنَ ساعةً في أوَّله)**، هذا عند بعضِ المشايخ ﷺ[2]، فإنَّهُ حينَ يهلُّ الهلالُ يكونُ لكلِّ واحدٍ حقُّ الفسخ، فإذا مضى أدنى زمانٍ لزمَ العقدُ في هذا الشَّهر، وفي ظاهرِ الرِّوايةِ لكلٍّ منهما[3] حقُّ الفسخِ في اللَّيلةِ الأولى مع اليومِ الأوَّلِ من الشَّهرِ إذ في اعتبارِ أنَّ رؤيةَ الهلالِ حرج(1)، **(وفي كلِّ شهر إن عُلِمَ مدَّتُه)**، بأن قيل: آجرتُ ستَّةَ أشهرٍ كلَّ شهرٍ بكذا.

وفي قول عن الشافعي ﷺ يبطل.

وعند مالك ﷺ يصحّ في الكلّ، وبه قال أحمد ﷺ في رواية، وأشارَ بقوله: فقط إلى أنّه لا يصحُّ أكثر من شهر، ثمّ إذا تمَّ الشهرَ كان لكلٍّ منهما نقض الإجارة، بشرط أن يكونَ الآخر حاضراً، وإن كان غائباً لا يجوزُ بالإجماع، وقيل: لا يجوز عندهما إلا بحضرة الآخر.

وعند أبي يوسفَ ﷺ يجوز، أمّا إذا عيَّن كلّ الأشهر بأن يقول: أجرتُها عشرةَ أشهر، كلُّ شهرٍ بدرهم مثلاً صحَّ العقدُ فيها بالإجماع لكون المدّة معلومة.

[1]قوله: **وفي كلِّ شهر**...الخ؛ يعني وكلّ شهر سكن المستأجرُ منه ساعةً صحَّ فيه العقد لحصولِ رضائها بذلك.

[2]قوله: **هذا عند بعض المشايخ** ﷺ؛ وهو القياس، فإنّ رأسَ كلِّ الشهرِ في الحقيقة هو الساعة التي يهلُّ فيها الهلال، فإذا أهلّ مضى رأسُ الشهر فلا يمكن الفسخ.

[3]قوله: **وفي ظاهر الرواية لكلٍّ منهما**...الخ؛ وبه يفتى؛ لأنَّ في اعتبارِ الساعةِ حرجاً عظيماً، والمقصودُ هو الفسخُ في رأسِ الشهر، وهو عبارةٌ عن اللَّيلة الأولى ويومها عرفاً.

ألا ترى إلى ما ذكرَه محمّد ﷺ في كتاب الأيمان: فمَن حلفَ ليقضينَّ دينَ فلان رأسَ الشهرِ فقضاهُ في اللَّيلةِ التي يهلُّ فيها الهلالُ وفي يومها لم يحنث استحساناً.

(1) وبه يفتى. كما في «تبيين الحقائق»(٥: ١٢٣)، و«مجمع الأنهر»(٢: ٣٨٢)، و«الدر المنتقى»(٢: ٣٨٢)، وغيرها.

وإجارتُها سنةً بكذا وإن لم يسمّ قسطَ كلّ شهر، وأوّلُ المدَّةِ ما سمّي، وإلا فوقتَ العقد

(وإجارتُها[١] سنةً بكذا وإن لم يسمّ قسطَ كلّ شهر، وأوّلُ المدَّةِ[٢] ما سمّي، وإلا فوقتَ العقد

ولو فسخَ في أثناءِ الشهر لم ينفسخ، وقيل: ينفسخ به إذا خرجَ الشهر؛ لأنّه أمكن توفيقه إلى وقت يملكُ فيه الفسخ، وبه كان يفتي محمّد أبو نصير بن يحيى بن سلام ﷺ.

ولو قال: في أثناءِ الشهرِ فسخت رأس الشهر ينفسخُ إذا أهلّ الشهرُ بلا شبهة، فيكون فسخاً مضافاً إلى رأسِ الشهر، وعقدُ الإجارة، ويصحُّ مضافاً، فكذا فسخه. كذا في «تبيين الحقائق»(١) للعلامة الزَّيْلَعِيّ.

[١]قوله: **وإجارتها**...الخ؛ عطف على قوله: إجارةُ الدار؛ أي وصحّ إجارةُ الدار سنة بعشرة دراهم مثلاً، وإن لم يبيّن قسط كلّ شهرٍ من الأجرة؛ لأنَّ المدّة معلومةً بدون التقسيم، فصار كإجارةِ شهرٍ واحد، فإنّه جائز، وإن لم يبيّن قسط كلّ يومٍ فإذا صحَّ وجبَ أن يقسّم الأجرَ على الأشهر على السواء، ولا يعتبرُ تفاوتُ الأسعارِ باختلاف الزمان.

[٢]قوله: **وأوّل المدّة**... الخ؛ يعني ابتداءُ مدَّةِ الإجارة ما سمَّى إن وقعت التسميةُ بأن يقول: من شهر رمضان من هذه السنة، وإن لم يقعِ التسمية فوقّت العقد، هو المعتبر في ابتداء المدّة؛ لأنّ الأوقاتَ كلّها متساويةٌ بالنسبةِ إلى ذلك العقد.

فإنّ كلَّ الأوقاتِ محلٌّ للإجارة لعدم المنافاةِ بين الإجارةِ وبين وقتٍ ما أصلاً، فتعيَّن الزمانُ الذي يعقبُه، كما إذا حلفَ لا يكلّمُ فلاناً شهراً، فيعتبر ابتداءه من يوم الحلف.

بخلاف ما إذا نذرَ أن يصومَ شهراً حيث لا يتعيّن الشهرُ الذي يلي النذر؛ لأنَّ الصوم يختصُّ ببعضِ الأوقات، فإنَّ الليل ليسَ بمحلٍّ له، فلا يتعيّن ما يعقبُ سببه، وإن بيّن المدة تعيَّن ذلك، وهو ظاهر.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٥: ١٢٣).

فإن كان حين يهلُّ اعتبرَ الأهلّة، وإلا فالأيّام كالعدَّة

فإن كان حين يهلُّ[١] **اعتبرَ الأهلّة، وإلا فالأيّام كالعدَّة)**: أي إن كان عقدُ الإجارةِ عند الإهلالِ تعتبرُ الأهلّة[٢]، وإن كان في أثناءِ الشَّهرِ فعندَ أبي حنيفةَ ﷺ[٣] يعتبرُ الكلَّ بالأيّام، كلُّ شهرٍ ثلاثون، وعندهما يعتبرُ الأوَّلُ بالأيامِ والباقي بالأهلّة، فإن أجَّرَ في عاشرِ ذي الحجَّةِ سنةً، فعند أبي حنيفةَ ﷺ يقعُ على ثلاثمئة وستّين يوماً(١).

وعندهما[٤] الشَّهرُ الأوَّلُ يعتبرُ[٥] بالأيّام، وهو ثلاثونَ يوماً، فذو الحجَّةِ إن تمَّ على ثلاثينَ يوماً فالسَّنةُ تتمُّ على عاشرِ ذي الحجّة، وإن تمَّ على تسعةٍ وعشرين،

---

[١]قوله: **حين يهلّ**؛ ليس المرادُ بقولهم حين يهلّ الهلال في هذه المسألة معناه الحقيقي، وهو أوّل الليلةِ من الشهر، بل المراد معناه العرفيّ وهو اليومِ الأوّل من أشهر. كذا في «النتائج»(٢).

[٢]قوله: **تعتبر الأهلة**؛ في شهورِ السنةِ كلّها؛ لأنّها هي الأصلُ في الشهور العربيّة، قال الله ﷻ: ﴿ ۞ **يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ** ﴾(٣)، فلا يعدلُ عن الأصل بقدر الإمكان.

[٣]قوله: **فعند أبي حنيفة** ﷺ؛ وهو روايةٌ عن أبي يوسفَ، وقول للشافعيّ، ورواية عن أحمد ﷺ. ذكره العلاّمة الشُّمُنّيُّ ﷺ(٤).

[٤]قوله: **وعندهما**؛ وذكر الشُّمُنّيُّ ﷺ(٥): إنّه قولُ محمّد، وروايةٌ عن أبي يوسفَ، وقول الشافعي، وروايةٌ عن أحمد ﷺ.

[٥]قوله: **يعتبر...الخ**؛ لأنَّ الأصل في اعتبارِ الشهرِ الأهلّة والأيام، يصار إليها ضرورة، ألا ترى ما قال ﷺ: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته، فإن غمَّ عليكم

---

(١) وتسمّى شمساً عددياً، ورأي الإمام هو المختار. ينظر: «جامع الرموز»(٢: ٧٣)، و«الدر المنتقى»(٢: ٣٨٣).

(٢) «نتائج الأفكار»(٩: ٩٦ - ٩٧).

(٣) البقرة: ١٨٩.

(٤) في «كمال الدراية»(ق٤٥٩).

(٥) في «كمال الدراية»(ق٤٥٩).

وإجارةُ الحمَّام والحجَّام

فالسَّنةُ تتمُّ على حاديَ عشر من ذي الحجَّة، فالحقُّ أن تتمَّ السَّنةُ على عاشرِ ذي الحجّةِ على كلِّ حال إذ لو تمَّ على الحادي عشرَ لدخلَ العاشرُ في تمامِ السَّنة، فلزمَ تكرار عيدُ الأضحى في سنة واحدة، أحدهما في أوّلِ المدَّة، والثَّاني في آخرها وهل سمعتَ أنَّ عيدَ الأضحى يتكرَّرُ في سنةٍ واحدة.

(وإجارةُ الحمَّام والحجَّام[1]

فأكملوا عدَّة شعبان»[1]، رواه البُخاريّ ومسلم، ولا تعذّر إلا في الشهرِ الواحد، وهو الشهر الأوّل، وقد أمكنَ تكميله من الأخير، فيكمل، وبقي غيرُهُ على الأصل.

ولأبي حنيفة ﷺ: إنَّ الشهرَ الأوّل يتمُّ بأيامه وبليله من الشهرِ المتَّصل به، فيبتدأُ الشهر الثاني بالأيّام ضرورة، وهكذا إلى آخر المدّة، كلّ شهرٍ ثلاثون يوماً، والسنةُ ثلاثمئة وستُّون يوماً.

وهذا نظيرُ ما في العدّة، فإنَّ الطلاقَ إن كان في أوّل الشهرِ يعتبرُ الشهورُ بالأهلّة، وإن كان في الوسطِ فبالأيّام في حقِّ التفريق، وفي حقِّ العدَّة أيضاً كذلك عند الإمام، وعندهما: يكمل الأوّل بالآخر، والمتوسّطات بالأهلّة.

[1]قوله: وإجارة الحمّام والحجّام؛ أي وصحَّ إجارتهما، أمّا إجارةُ الحمّام فلتعارف الناس.

وروى أحمد في «كتاب السنة» من حديث أبي وائل عن ابن مسعودٍ ﷺ قال: «الله نظرَ إلى قلوبِ العباد فاختارَ له أصحاباً، فجعلهم أنصارَ دينه، ووزراء نبيّه، فما رآه المسلمونَ حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح»[2]، وهو موقوفٌ حسن لا مرفوع، كما وقع من أكثر المصنّفين، وأخرجه البَزَّار والطَّيَالسيُّ، والطَّبَرَانِيُّ ﷺ في ترجمة ابن مسعود ﷺ من «الحلية».

والتفصيلُ في «المقاصد الحسنة»[3]، وما استدلّوا به من أنّه ﷺ دخلَ حمامَ

---

(١) في «صحيح البخاري»(٢: ٦٧٤)، و«صحيح مسلم»(٢: ٧٦٢)، وغيرهما.

(٢) في «مسند أحمد»(١: ٣٧٩)، و«مسند الطيالسي»(ص٣٣)، و«المعجم الكبير»(٩: ١١٢)، وغيرها.

(٣) «المقاصد الحسنة»(١: ١٩٦).

....

....

الجحفة، ففيه كلام؛ لأنه صرّح في مبحث الشمائلِ الشريفةِ من «المواهب» أنّ حديث دخولِه ﷺ حمّام الجحفة موضوع.

فإن قلت: إن في إجارة الحمّام جهالةٌ موجبة؛ لعدمِ جوازها.

قلت: هي لم تعتبر لمكانِ الضرورةِ مع اصطلاح المسلمين.

ومن العلماء من كرهِ أخذَ أجرةِ الحمّام، لما روي عن عمارةَ بن عقبة ﷺ أنّه قال: «قدمتُ على عثمانَ بن عفان ﷺ، فسألني عن حالي فأخبرته أنّ لي غلاماً وحمّاماً له غلّة، فكرِهَ لي غلّة الحجّامين وغلّة الحمّام، وقالوا: إنّه بيتُ الشيطان، وسمّاه رسول الله ﷺ: شرّ بيت، فإنّه تكشفُ فيه العورات، وتصبّ فيه الغسالات والنجاسات».

ومنهم: من فصلَ بين حمّامِ الرجالِ وحمّام النساء، وقالوا: يكره إيجار حمّام النساء؛ لأنهنّ ممنوعات من الخروج، وقد أمرنَ بالقرار في البيوت، فاجتماعهنّ قلَّ ما يخلو عن الفتن.

وقد رويَ أن نساءَ دخلنَ على أمِّ المؤمنين عائشة الصدّيقة رضي الله عنها، فقالت: «أنتنَّ من اللاتي يدخلنَ الحمَّامات، وأمرت بإخراجهنّ»[(١)].

والصحيحُ أنّه لا بأس بنباءِ الحمَّامات للرجال والنساء جميعاً للحاجة إليه؛ لأن النساءَ يحتجنَ إليه للاغتسالِ مثل الرجال، بل حاجتهنّ أكثر؛ لكثرةِ أسباب الاغتسالِ في حقّهنّ من الحيض والنفاس والجنابة، واستعمالُ الماءِ البارد قد يضرّ، وقد لا يتمكّن من الاستيعاب به، وإزالة الوسخ مقصود، وذلك يحصلُ بدخول الحمام.

وكراهة عثمان بن عفان ﷺ محمولٌ على أنّه كان يؤدّي إلى كشف العورة. ذكره الزَّيْلَعِيُّ ﷺ[(٢)]، وغيره من الكبار.

---

(١) فعن أبي المليح الهذلي ﷺ: «إن نسوة من أهل حمص استأذن على عائشة رضي الله عنها، فقالت: لعلكن من اللواتي يدخلن الحمامات، سمعت رسول الله ﷺ: يقول: أيما امرأة وضعت ثيابها في غير بيت زوجها فقد هتكت ستر ما بينها وبين الله» في «سنن ابن ماجة»(٢ : ١٢٣٤)، و«سنن الدارمي»(٢ : ٣٦٥)، و«مسند أحمد»(٦ : ٢٦٧)، وصححه شيخنا الأرنؤوط.

(٢) في «التبيين»(٥ : ١٢٣ - ١٢٤).

....

....

وقال في «الأشباه»: ويكره لها دخولُ الحمّام في قول، وقيل: إلا أن تكون مريضة أو نفساء، والمعتمد أن لا كراهة مطلقاً. انتهى.

وقال في «الدر المختار»[1]: وفي زماننا لا شكّ في الكراهةِ مطلقاً؛ لتحقّق كشف العورة انتهى.

وقال العلامةُ الشاميُّ في «حاشيته على الدر المختار»[2]: قائله ابنُ الهُمام، أقول: ولا يختصّ ذلك بحمّام النّساء، فإنّ في ديارنا كشفُ العورةِ الحقيقية والغليظةِ متحقّقٌ من فسقةِ العوامّ الرجال، فالذي ينبغي التفصيل وهو إن كان الدّاخلُ يغضّ بصرِه بحيث لا يرى عورةَ أحد، ولا يكشف عورته لأحدٍ فلا كراهة مطلقاً، وإلا فالكراهةُ في دخول الفريقين، حيث كانت العلّة ما ذكر. انتهى.

وأمّا إجارةُ الحجّام فلما رواه البخاريُّ ﷺ مسنداً إلى ابن عبّاس ﷺ: «إنّه ﷺ احجتمَ وأعطى الحجّام أجرة»[3]، ولوَ علم كراهة لم يعطه، وفي رواية «السنن»: ولو علمه خبيثاً لم يعطه؛ لأنّه كما لا يحلّ لأحدٍ أكل الحرام لا يحلّ له دفعه إلى غيره ليأكله.

وقالت الظاهرية: لا تجوزُ هذه الإجارة؛ «لأنّه ﷺ نهى عن عسب التيس، وكسب الحجّام، وقفيز الطحان»[4]، وروي عن رافع بن خديج ﷺ أنّ رسول الله ﷺ، قال: «كسب الحجّام خبيث، وثمنُ الكلب خبيث، ومهرُ البغي خبيث»[5].

والجواب: إنّ حديث النهي منسوخٌ بما روي أنّه ﷺ قال له رجل: «إن لي عيالاً وغلاماً حجّاماً، فأطعم عيالي من كسبه، قال: نعم»[6]، ذكر الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»[7] هذا الحديث.

---

(١) «الدر المختار»(٥: ٣٢).

(٢) «رد المحتار»(٥: ٣٢ - ٣٣).

(٣) في «صحيح البخاري»(٢: ٧٩٦)، وغيره.

(٤) سيأتي تخريجه.

(٥) في «صحيح ابن حبان»(١١: ٥٥٦)، و«جامع الترمذي»(٣: ٥٧٤)، وقال: حسن صحيح.

(٦) فعن عباية بن رفاعة بن رافع بن خديج ﷺ: «إن جده حين مات ترك جارية وناضحا وغلاما حجاما وأرضاً فقال رسول الله ﷺ في الجارية فنهى عن كسبها، قال شعبة: مخافة ان تبغي وقال ما أصاب الحجام فاعلفه الناضح، وقال: في الأرض ازرعها أو ذرها» في «مسند أحمد»(١: ١٤٢)، و«المعجم الكبير»(٤: ٢٧٥)، وغيرها.

(٧) «تبيين الحقائق»(٥: ١٢٤).

والظئرِ بأجرٍ معيَّنٍ وبطعامِها وكسوتِها

والظئرِ[1] بأجرٍ معيَّنٍ وبطعامِها وكسوتِها)، هذا عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه

وحديثُ الخبث محمولٌ على الكراهة طبعاً من طريق المروءة، لما فيه الخساسةِ والدناءة، قال الإِتْقَانِيُّ: على أنّا نقول: رواية رافع رضي الله عنه ليس كابن عباس رضي الله عنه في الضبطِ والإتقان والفقه، فيعمل بحديث ابنِ عبّاس رضي الله عنه دونه. انتهى.

[1]قوله: والظئر...الخ؛ - بهمزة ساكنة -، ويجوزُ تخفيفها: ناقةٌ تعطفُ على ولدِ غيرها، ومنه قيل للمرأةِ الأجنبيّة تحضنُ ولد غيرها ظئر، وللرجلِ الحاضن: ظئر أيضاً، والجمع أظار، مثل حمل وأحمال، وربّما جمعت المرأة على ظئار بكسر الظاء وضمها. كذا في «المصباح المنير»(1).

وقال في «منتهى الأرب»: ظئر بالكسر: شيرده بجيه اغير. انتهى.

أي وصحّ إجارةُ الظئرِ بأجرٍ معيّن، والقياس أن لا تصحّ؛ لأنّها تردُ على استهلاك العين، وهو اللّبن، فصار كاستئجار البقرةِ أو الشاةِ ليشربَ لبنهما، أو البستان ليأكل ثمره.

ووجه الاستحسانِ قوله جل جلاله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(2)، والمرادُ الإرضاعُ بعد الطلاق، فمعناه إن أرضعن أولادكم لأجلكم فأعطوهنّ أجورهنّ، أمر بإتيان أجورهنّ، فيكون دليلاً على جوازِ إجارة الظئر.

وإن ذلك كان قبل النبيّ ﷺ فأقرّهم عليه، وإجماعُ الأمّة وإنَّ الحاجةَ ماسّةٌ إليه؛ إذ الأمُّ قد تعجزُ عن الإرضاعِ لمرضٍ أو موتٍ أو حبل، ولا يحصلُ الإرضاعُ لولدها إلاَّ بالاستئجار.

ثم قيل: المعقودُ عليه المنفعة، وهو القيام بخدمةِ الولد، وما يحتاج إليه، واللبنُ مستحقٌّ بطريق التبع، كالصبغ في صبغ الثوب، وهو اختيار صاحب «الذخيرة»

---

(1) «المصباح»(ص٣٨٨).

(2) الطلاق: ٦.

....

وعندهما[1] لا يجوزُ للجهالة، وهو القياس.

وله[2]: أنَّ الجهالةَ لا تفضى إلى المنازعة؛ لأنَّ العادةَ التَّوسعةَ على الأظئار شفقةً على الأولاد، وهو الاستحسان.

و«الإيضاح» و«الهداية»(1)، وبعض أصحابِ الشافعيِّ وأحمد ﷺ.

وقيل: المعقود عليه اللبن، وهو اختيارُ شمس الأئمّة السَّرَخْسِيّ ﷺ، وبعض أصحابِ الشافعيّ ﷺ؛ لأنّه هو المقصود، وما سواه من مصالحِ الولدِ تبعٌ له؛ ولهذا لو أرضعته بلا خدمةٍ تستحقُّ الأجر.

ولو أرضعته بلبن الشاةِ لم تستحقّ الأجر، وإن قامت بمصالحه؛ لأنَّ الله ﷻ قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(2)، فجعل الأجرَ مرتّباً على الإرضاع. ورُجِّحَ الأوّلُ بأنّ الإجارةَ لو كانت على اللبن فكانت استئجاراً على استيفاءِ عين اللبنِ قصداً وذا لا يجوزُ كاستئجار شاةٍ أو بقرةٍ مدّة معلومة لشربِ لبنها.

وأجيب: بأنّ هذا جائزٌ في الظئرِ دون سائر الحيواناتِ للضَّرورةِ إلى حفظِ الآدميّ وإبقائه، قال الإمام محمّد ﷺ: استحقاقُ لبنِ الآدميّة بعقد الإجارةِ دليلٌ على أنّه لا يجوزُ بيعه، وجوازُ بيعِ لبن الأنعام دليلٌ على أنّه لا يجوزُ استحقاقه بعقد الإجارة. انتهى(3).

[1]قوله: وعندهما...الخ؛ أي وقالا: لا يجوز إجارةُ الظئرِ بطعامها وكسوتها، وهو، القياس وبه قال الشافعيّ ﷺ؛ لأنَّ الأجرةَ مجهولة، فصار كما إذا استأجرها بطعامها وكسوتها للطبخِ وللخبز، وهذا غير جائزٍ بالاتّفاق، فكذا هذا.

[2]قوله: وله...الخ؛ يعني ولأبي حنيفةَ ﷺ على جوازِ إجارتها بطعامها وكسوتها أنّ الجهالةَ لا تفسدُ العقد لذاتها، بل لأنّها تفضي إلى المنازعة، وهذه الجهالة لا تفضي إليها؛ لأنَّ العادةَ التوسعةُ على الأظائرِ شفقةً على الأولاد، فيعطيها ما طلبت، ويوافقها على مرادها، فصار كبيعِ قفيزٍ من صبرة طعام، بخلافِ الخبز والطبخ فإنَّ الجهالةَ فيهما تفضي إلى المنازعة.

---

(1) «الهداية»(3: 241).

(2) الطلاق: 6.

(3) ينظر: «التبيين»(5: 127).

وللزوجِ وطؤها إلاَّ في بيتِ المستأجر، وله في نكاحٍ ظاهرٍ فسخُها إن لم يأذنْ لها فإن أقرَّت بنكاحه لا

(**وللزوجِ**[١] **وطؤها إلاَّ في بيتِ المستأجر**[٢])، فأنَّ البيتَ ملكَه فيمنعُه فيه، (**وله**[٣] **في نكاحٍ ظاهرٍ فسخُها إن لم يأذنْ لها فإن أقرَّت بنكاحه لا**): أي إن كان النِّكاحُ ظاهراً بين النَّاس، أو يكونُ عليه شهود، فللزَّوج فسخُ الإجارةِ صيانةً لحقِّه

قال الشُّمُنِّيّ في «كمال الدراية»(١): لو استأجرها بثيابٍ يشترطُ جميع شرائط السَّلَم من الأجل وبيان القدر والجنس، ولو سمّى مكيلاً أو موزوناً وبيَّنَ قدرَه وصفتَه لا يشترطُ تأجيله؛ لأنَّ المكيلَ والموزونَ إذا كان موصوفاً غير مشار إليه ثمن، بدليل ثبوته في الذمّة، لكن يشترطُ بيان مكانِ الإيفاء عند أبي حنيفةَ ﷺ إذا كان له حمل ومؤنة. انتهى.

[١]قوله: وللزوج...الخ؛ أي لزوجِ الظئر وطؤها إذا أراد، وهو قول الشافعيّ ﷺ وأحمد ﷺ، وقال مالك ﷺ: ليس له ذلك إلاَّ برضاءِ المستأجر؛ لأنّه قد ينقصُ اللبن، وقد يقطعه بالحبل.

ولنا: إنّ الوطء حقٌّ للزوج قبل عقدِ الإجارة، فلا يتمكّن المستأجرُ من إسقاطه، ولا يسقط لأمرٍ مشكوك فيه، ألا ترى أنَّ للزوجِ أن يفسخَ عقد الإجارةِ إذا لم يعلم به صيانةً لحقّه(٢).

[٢]قوله: لا في بيت المستأجر؛ يعني ليس لزوجِ الظئر وطؤها في بيت المستأجر، إذا لم يرضَ به؛ لأنَّ بيته حقّه فليسَ للزوجِ فعل ذلك إلا بإذنه.

[٣]قوله: وله...الخ؛ ولزوجِ الظئرِ سواء كان ممّن يشينه أن يكون امرأتُه ظئراً أو لا.

في نكاح ظاهر؛ أي معلومٌ من غير الإقرار.

فسخها: أي فسخ الإجارة.

إن لم يأذن الزوجُ لها؛ أي للظئرِ في الإجار؛ لما أنَّ له أن يمنعَها من الخروج؛ ولأنَّ الإرضاعَ والسهرَ بالليلِ يضعفها ويذهبُ جمالها، فكان له المنعُ منه، كما يمنعُها من الصيام تطوّعاً.

---

(١) «كمال الدراية»(ق٤٦٠ - ٤٦١).

(٢) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٦١).

ولأهلِ الصَّبيِّ فسخُها إن مرضَتْ، أو حَبِلَتْ

أمَّا إن عَلِمَ[١] النِّكاحَ بإقرارِها لا، (**ولأهلِ الصَّبيِّ**[٢] **فسخُها إن مرضَتْ، أو حَبِلَتْ**)؛ لأنَّ لبنَها يضرُّ بالولد.

وقيل: له فسخها سواءً كان التزوُّج بعد الإجارة أو حدثت بعده بغير إذنه في الأصحّ، قال المقدسيّ: فيه تأمّل؛ لأنّه إذا كان أذنَ لها ليس له الفسخ، فإذا تزوّج بعد العقدِ ينبغي أن لا يكون له ذلك بالطريق الأولى.

[١]قوله: **أمّا إن علم**...الخ؛ يعني أمّا إن علمَ النكاحِ بإقرارِ الظئرِ أو بإقرارِ زوجها فليس له أن يفسخها؛ لأنَّ الإقرارَ حجَّةٌ قاصرةٌ غير مقبولةٍ في حقِّ الغير، وهو المستأجر، كما إذا أقرَّت المنكوحةُ المجهولة بالرقِّ لإنسانٍ تصير رقيقاً ولا تصدّق في حقِّ بطلان النكاح. كما صرَّحوا به.

[٢]قوله: **ولأهلِ الصبيّ**...الخ؛ أي ولأهلِ الصبيِّ الرضيعِ فسخُ الإجارةِ إن مرضت المرضعة أو حبلت؛ لأنّ لبنَ الحبلى والمريضة يضرّ بالولد، وهي أيضاً يضرّها الرضاع، فكان لها ولهم الخيار دفعاً للضررِ عنها وعن الصبيّ؛ وهذا لأنَّ الإجارةَ تفسخُ بالأعذار.

وكذا لو تقيأ لبنَها لأهله الفسخ؛ لأنَّ ذلك يضرُّ بالصبي، وكذا إذا كانت سارقة؛ لأنّهم يخافون على متاعهم وعلى حليِّ الصبيّ، وكذا إذا كانت فاجرةً بائناً فجورها؛ لأنّها تشتغلُ عنه بالفجور، وكذا كلُّ ما يضرُّ بالصبيِّ نحو الخروجِ من منْزلِ الصبيِّ زماناً كثيراً أو ما أشبه ذلك، فلهم أن يمنعوها عنه.

وأمّا ما كان يوهمُ الضررَ فليس لهم أن يمنعوها عنه، وكذا فيما إذا لا يضرُّ بالصبيِّ مثل كفرها فإنّه لا يضرُّ بالصبيّ، لكن قال في «الخانية»: إذا ظهرَ الظئرُ كافرةً أو مجنونةً أو زانيةً أو حمقاء فلهم فسخُ الإجارة. انتهى.

وقال في «النهاية»: ولا يبعدُ أن يقال: عيبُ الفجورِ في هذا فوقَ عيبِ الكفر، ألا ترى أنّه كان في نساءِ بعضِ الرسلِ كامرأتي نوح عليه السلام ولوط عليه السلام وما بغت امرأةُ نبي قطّ، هكذا قال رسولُ الله ﷺ، وكذا إذا كان الصبيُّ لا يأخذ ثديها كان لهم أن يفسخوا الإجارة، وللظئرِ أيضاً أن تفسخَ الإجارة إذا كان يحصلُ لها الإذاء منهم[١].

---

(١) ينظر: «التبيين»(٥: ١٢٨).

وعليها غسلُ الصَّبيّ، وغسلُ ثيابِه، وإصلاحُ طعامِهِ ودهنُه، لا ثمنُ شيءٍ منها، وهو وأجرُه واجبٌ على أبيه، فإن أرضعته بلبنِ شاة، أو غذَّته بطعام، ومضَتْ المدَّة فلا أجرَ لها

(وعليها[1] غسلُ الصَّبيّ، وغسلُ ثيابِه[2]، وإصلاحُ طعامِهِ[3] ودهنُه[4]، لا ثمنُ شيءٍ منها[5]، وهو وأجرُه واجبٌ على أبيه، فإن أرضعته بلبنِ شاة، أو غذَّته بطعام، ومضَتْ المدَّة فلا أجرَ لها[6]).

[١]قوله: وعليها...الخ؛ الأصلُ أنّ الإجارة إذا وقعت على عملٍ فكلُّ ما كان من توابع ذلك العمل، ولم يشترط ذلك على الأجيرِ في الإجارة، فيرجع فيه إلى العرف.

ولمّا كانت خدمةُ الصبيِّ واجبةً عليها، وكلُّ ما ذكرَ من الغسلِ وإصلاحُ الطعامِ ونحوهما كان منه عرفاً، فيجب عليها قطعاً، فما ذكره محمّد ﷺ من أنَّ الدهنَ والريحان على الظئر فهو محمولٌ على عادة أهل الكوفة، فاستقم(١).

[٢]قوله: وغسل ثيابه؛ أي من البول ونحوه من النجاسات؛ لتصريحهم أنَّ غسلَ ثيابه من الوسخِ والدرن لا يكون عليها.

[٣]قوله: وإصلاحُ طعامِه؛ بأن تمضغَه له، ولا تأكل شيئاً يفسدُ لبنها ويضرّ به، وعليها أيضاً طبخُ طعامِه. كذا في «الهندية»(٢) نقلاً عن «السراج».

[٤]قوله: ودهنه؛ أي اصلاح دهنه، فهو مجرور معطوف على طعامِه، ويحتملُ أن يكون بفتح الدال المهملة، مرفوعاً معطوفاً على قوله: اصلاح طعامه؛ أي لطخه ودلكه، فإنّه أيضاً من خدمة الصبيّ عرفاً.

[٥]قولِه: ولا ثمن شيء...الخ؛ أي ولا يجبُ على الظئرِ ثمنُ شيءٍ من طعامِهِ ودهنه، وما غسلَ به ثيابه من الصابون ونحوه، بل ثمنُ كلّ من هذه المذكورات واجبٌ على أب الصبيّ أو على مَن تجبُ نفقتُهُ عليه غير الأبِ إن لم يكن للصبيِّ مال، ولا خفي ماله كالنفقة.

[٦]قوله: فلا أجر لها؛ وبه قالت الثلاثة؛ لأنّها لم تأتِ بالعملِ المستحقِّ عليها

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٦١).

(٢) «الفتاوى الهندية»(٤: ٤٣٢).

ولم تصحّ للأذان، والإمامة

ولم تصحّ للأذان[١]، والإمامة

وهو الإرضاع؛ لأنَّ الأوّل إيجار والثاني تغذية، وذكر الشُّمُنّيُّ [١] نقلاً عن «المحيط»: لو كان إرضاعها مشروطاً فاستأجرت ظئراً فأرضعته لا يستحقُّ الأجر؛ لأنَّ لبنها ربّما يكون أجود، وقيل: يستحقّ لأنَّ التفاوتَ بين اللّبنين يسير. انتهى.

[١]قوله: **ولم تصحّ للأذان**؛ إلى قوله: والفقه، وهو نصّ أحمد، وقول عطاء والضَّحاك والزُّهْرِيّ والحسن وابن سيرين وطاوس والنَّخَعِيّ والشَّعْبِيّ.

وقال الشَّافِعِيّ ومالك وأحمد في رواية : تصحُّ في كلِّ ما لا يتعيَّنُ على الأجير حتى لو تعيَّن الإفتاءُ أو الإمامةُ على واحدٍ لا تصحُّ إجارته؛ لأنَّ «النبي ﷺ زوَّجَ رجلاً بما معه من القرآن»[٢]، وإذا جازَ تعليمُ القرآنِ عوضاً في باب النكاح جاز في بابِ الإجارة.

ولأنَّ أبا سعيد الخدريّ رقى بفاتحةِ الكتاب، وأخذَ قطيعاً من الغنمِ واقتسمه هو وأصحابه بأمرِ النبي ﷺ، وقال ﷺ: «إنّ أحقَّ ما أخذتم عليه أجراً كتابُ الله»[٣]؛ ولأنّه يجوزُ أخذُ الرزقِ عليه من بيتِ المال، فيجوزُ أخذُ الأجرِ عليه؛ لأنّه بمعناه؛ ولأنّه قد يحتاجُ إلى الاستنابة في الحجِّ عمَّن وجبَ عليه وعجزَ عن فعله، ولا يوجدْ متبرِّع به.

ولنا: ما رواهُ أحمدُ واسحاقُ بن راهويه وابن شيبة وعبدُ الرزاقِ من حديث عبد الرحمن بن شبل قال: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به، ولا تجفوا عنه، ولا تغلوا فيه، ولا تستكثروا به»[٤].

وما رواهُ أبو داود وابن ماجه عن عبادةِ بن الصامت قال: علّمتُ ناساً من أهلِ الصفّة القرآن، وأهدى إليّ رجل منهم قوساً، فقلت: ليست بمال وأرمي بها في

---

(١) في «كمال الدراية»(ق٤٦١).

(٢) قال ﷺ: «ملّكتُكَها بما مَعَك من القرآن» في «صحيح البخاري»(٤: ١٩٢٠)، و«سنن النسائي»(٣: ٣١٢)، وغيرهما.

(٣) في «صحيح البخاري»(٢: ٧٩٥)، و«صحيح ابن حبان»(١١: ٥٤٦)، وغيرها.

(٤) في «مسند البزار»(٣: ٢٦٦)، و«مسند أحمد»(٣: ٤٢٩)، وصححه شيخنا الأرنؤوط.

....

....

سبيل الله، فسألتُ النبيّ ﷺ عن ذلك فقال: «إن أردت أن يطوّقك الله طوقاً من نار فاقبلها»[١].

وما رواهُ أصحابُ السننِ الأربعةِ بطرق مختلفة عن عثمان بن أبي العاص ﷺ، قال: قلت: «يا رسول الله اجعلني إمام قومي، قال: أنت إمامهم، واتّخذ مؤذّناً لا يأخذ على أذانه أجراً»[٢].

وما رواه التِّرْمِذِيُّ في «جامعه» مسنداً إلى الحسن عن عثمان بن أبي العاص ﷺ قال: «إن آخر ما عهد إليّ رسول الله ﷺ أن أتّخذَ مؤذّناً لا يأخذ على أذانه أجراً»[٣].

ولأنّ القربةَ متى حصلت وقعت عن فاعلها؛ ولهذا تعتبر أهليَّته ونيَّته لا نيَّة الآمر وأهليّته إن أوقعت على الآمر بشرط نيّة الآمر وأهليته كما في الزكاة، وإذا وقعت عن فاعلها كان عمل الأجير لنفسه لا للمستأجر، فلا يجوز له أخذُ الأجرةِ عليه كما في الصوم والصلاة.

وحديثُ التزويجِ ليس فيه تصريح بأنَّ التعليمَ صداق، فلعلّه زوّجها إيّاه بغير صداق إكراماً له، كما زوَّجَ أبا طلحةَ أمّ سليم على إسلامه، فإنّ النكاحَ يصحُّ بدونِ ذكر المهر، ومع ذلك يجب مهرُ المثل، وتكون الباءُ مكان اللام: أي لما معك من القرآن، أو لعلّ المرأة وهبت مهرَها له باعتبارِ ذلك.

ومعنى: «أحقُّ ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله» الجعالة في الرقية؛ لأنّ ذلك في سياق خير الرقية، ودائرةُ الجعالةِ أوسعُ من دائرةِ الإجارة؛ ولهذا يجوز الجعالةُ مع جهالة

---

(١) في «سنن أبي داود»(٢ : ٢٨٥)، و«سنن ابن ماجة»(٢ : ٧٣٠)، و«مشكل الآثار»(٩ : ٣٤١)، و«مسند الشاشي»(٣: ٤٦١)، وغيرها.

(٢) في «المستدرك»(١ : ٣١٤)، وصححه، و«صحيح ابن خزيمة»(١ : ٢٢١)، و«سنن أبي داود» (١ : ٢٠١). وعن يحيى البكاء ﷺ قال رجل لابن عمر: «إني لأحبك في الله، فقال ابن عمر: لكني أبغضك في الله، قال: ولم؟ فقال: إنك تنقي في آذانك وتأخذ عليه أجراً» في «المعجم الكبير»(١٢ : ٢٦٤)، و«مصنف عبد الرزاق»(١ : ٤٨١)، وغيرها.

(٣) في «سنن الترمذي»(١ : ٤٠٩)، وقال: حسن صحيح.

والحجّ، وتعليمِ القرآن

والحجّ[١]، وتعليمِ القرآن[٢]

العمل والمدّة دون الإجارة، أو إنّ المأخوذَ منه قطع من الغنم كان كافراً غير مستأمن، فجازَ أخذُ ماله، أو إنَّ حقَّ الضيف واجب ولم يضيّفوهم، أو إنّ الرقية ليست بقربةٍ محضة، فجاز أخذُ الإجارةِ عليه.

وأمّا الرزقُ من بيت المال فيجوز على مَن يتعدّى نفعه؛ لأنَّ بيتَ المالِ لمصالح المسلمين فجرى مجرى الوقف عليهم، بخلاف الأجرة.

وأمّا الاستنابةُ عن الحجّ، فللآمر ثوابُ الإنفاق، وبه يسقط القرضُ عنه، فيكون الأجرةُ للخدمة، أو لقطعِ المسافة، وعلى تقديرِ أنّ الأفعال تقع عن الأمر يكون إجارةً عن الحجّ، بل اتّفاقاً على الغائب. كذا في «كمال الدراية»(١)، وغيرها.

[١]قوله: والحج؛ أجمعوا على أنَّ الحجَّ عن الغيرِ بطريق النيابة لا للاستئجار، ولهذا لو فضل مع النائب شيءٌ من النفقةِ يجب عليه ردّه للأصيلِ أو ورثته، ولو كان أجرةً لما وجب ردّه.

[٢]قوله: وتعليم القرآن؛ قال تاج الشريعةِ ﷺ في «شرح الهداية»: إن القرآنَ بالأجرةِ لا يستحقُّ الثوابَ لا للميِّت ولا للقارئ، وقال العَيْنِيُّ في «شرح الهداية»: ويمنعُ القارئ للدنيا، والآخذ والمعطي آثمان.

فالحاصل أنَّ ما شاعَ في زماننا من قراءةِ الأجزاءِ بالأجرةِ لا يجوز؛ لأنَّ فيه الأمرَ بالقراءة، وإعطاءُ الثواب للآمر، والقراءةُ لأجلِ المال، فإذا لم يمكن للقارئ ثوابٌ لعدمِ النيّة الصحيحةِ فأين يصلُ الثوابُ إلى المستأجر، ولولا الأجرةَ ما قرأ أحدٌ لأحدٍ في هذا الزمان، بل جعلوا القرآن العظيم مكسباً ووسيلةً إلى جمع الدنيا، إنّا لله وإنّا إليه راجعون. انتهى.

وقال الشيخ خيرُ الدين الرمليُّ في «حاشية البحر» في «كتاب الوقف»: أقول: المفتي به جوازُ الأخذِ استحساناً على تعليمِ القرآن لا على القراءةِ المجرَّدة. كما صرَّح به في «التاتارخانية» حيث قال: لا معنى لهذه الوصيّة، ولصلة القارئ بقراءته؛ لأنَّ هذا

(١) «كمال الدراية»(ق٤٦١ - ٤٦٢).

....

....

بمنزلةِ الأجرة، والإجارةُ في ذلك باطلة، وهي بدعة، ولم يفعلها أحدٌ من الخلفاء، وقد ذكرنا مسألة تعليمِ القرآنِ على استحسان؛ أي للضرورة، ولا ضرورةَ في الاستئجار على القراءةِ على القبر. انتهى.

وفيه ردُّ صاحب «البحر» حيث علَّلَ البطلانَ بأنّه مبنيٌّ على القولِ بكراهةِ القرآن على القبر وليس كذلك، بل لما فيه من شبهةِ الاستئجارِ على القبر.

وقال في «الولوالجيّة»: لو زارَ قبرَ صديقٍ أو قريبٍ له وقرأ عنده شيئاً من القرآن فهو حسن، أمّا الوصيّة بذلك فلا معنى لها، ولا معنى أيضاً لصلةِ القارئ؛ لأنَّ ذلك يشبُه استئجاره على قراءةِ القرآن وذلك باطل، ولم يفعل ذلك أحدٌ من الخلفاء. انتهى. فلو كانت العلّة ما قاله صاحب «البحر» لم يصحّ قوله هنا، فهو حسن.

ونقل العلامةُ الخلوتيّ في «حاشية المنتهى الحنبلي» عن شيخِ الإسلام تقيّ الدين ﷺ ما نصَّه: ولا يصحُّ الاستئجارُ على القراءة وإهدائها إلى الميِّت؛ لأنّه لم ينقلْ عن أحدٍ من الأئمّة الإذن في ذلك، وقد قال العلماء: إنّ القارئ إذا قرأ لأجلِ المالِ فلا ثواب له، فأيُّ شيءٍ يهديه إلى الميّت، وإنّما يصلُ إلى الميّت العمل، والاستئجارُ على مجرّد التلاوةِ لم يقلْ به أحد من الأئمّة، وإنّما تنازعوا في الاستئجار على التعليم. انتهى هذا ما التقطته من «رد المحتار»[١].

وقال في الفتاوى «العالمكيرية»[٢]: واختلفوا في الاستئجارِ على قراءة القرآن على القبر مدّة معلومة، قال بعضهم: تجوزُ وهو المختار، كذا في «السراج الوهّاج». انتهى.

وقال العلامةُ الطحطاويّ في «حاشيته على الدرّ المختار»[٣]: والمختارُ جوازُ الاستئجار على قراءةِ القرآنِ على القبورِ مدَّة معلومة.

وفي «الحَمَويّ» ما نصّه: ونقل العلامةُ المقدسيّ من هامش نسخة من «القنية»: ما نصّه وفي «الكواشي»: المستأجر للختمِ ليس له أن يأخذ الأجر أقلّ من خمسةٍ وأربعين

---

(١) «ردّ المحتار»(٥ : ٣٥).

(٢) «الفتاوى الهندية»(٤ : ٤٤٩).

(٣) «حاشية الطحطاوي»(٤ : ٣٠).

والفقه، والغناء

والفقه[١]، والغناء[٢]

درهماً شرعيّاً، هذا إذا لم يسمِّ شيئاً من الأجر. كما ذكره في «الأصل»: أي «المبسوط» في رجلٍ قال للقارئ: اختم القرآن ولم يسمِّ شيئاً من الأجر وختمه، ليس له أن يأخذَ أقلَّ من خمسة وأربعين درهماً بعد العقد عليه، أو شرطَ أن يكون ثواب ما فوق لنفسه فلا يأثم.

وعلى هذا لو قال القارئ: اقرأ ختماً بقدرِ ما قدّرتَ من الأجرِ حين أمره المستأجر بالختم بأقلّ من خمسةٍ وأربعين فقرأ من القرآن ذلك المقدار من الثلث أو الربعِ أو النصف أو نحوها فلا يأثم. انتهى ملخّصاً.

وقال العلامةُ الشاميُّ في «رد المحتار»(١): وما نقل عن بعض الهوامش، وعزى لـ«حاوي الزاهدي» من أنّه لا يجوز الاستئجار على الختمِ من خمسةٍ وأربعين فخارجٌ عمّا اتّفقَ عليه أهل المذهبِ قاطبة. انتهى.

فتفكّر وتدبّر ليظهرَ عليك قوّة دليلِ عدمِ جواز الاستئجارِ على قراءةِ القرآن لاتصال الثوابِ إلى الميت سواء كان على القبر أو لا، والاستئجار على ختمِ القرآنِ في التراويح كما اعتادَه الحفّاظُ في زماننا فإنّهم يعيّنون الأجر من قبل، ويجبرونَ المستأجر عليه، والحالُ أنّ الختمَ في التراويحِ سنة لا واجبة، والقياس على حجِّ البدلِ قياسٌ مع الفارق، وحاله ما ذكرنا فتذكّر.

[١]قوله: والفقه؛ مثله التذكيرُ والتدريس، والعمرةُ مثل الحجّ، أمّا لو استأجره لتعليمِ ولده الكتابة أو النجوم أو الطب أو التعبيرِ جاز بالاتّفاق. كذا في «حاشية الطحطاوي على الدر المختار»(٢).

[٢]قوله: والغناء...الخ؛ يعني ولا يصحُّ الإجارةُ على المعاصي كالغناءِ والنوحِ والملاهي؛ لأنَّ المعصيةَ لا يتصوّر استحقاقها بالعقد، فلا يجبُ عليها الأجرة من غير أن يستحقَّ هو على الأجير، إذ المبادلةُ لا تكون إلا بالاستحقاق كلٌّ منهما على الآخر.

---

(١) «رد المحتار» (٥ : ٣٦).

(٢) «حاشية الطحطاوي»(٤ : ٣٠).

والملاهي، وعسب التيس

والملاهي، وعسب(1) التيس[1]

ولو استحقّ على المعصية لكان ذلك مضافاً إلى الشارعِ من حيث أنّه شرعَ عقداً موجباً للمعصية تعالى الله عن ذلك علّواً كبيراً؛ ولذا قال في «غاية البيان»: لا تجوزُ الإجارةُ على شيءٍ من الغناءِ والنوحِ والمزاميرِ والطبلِ وشيءٍ من اللهو، وعلى هذا الحداء وقراءةُ الشعر وغيره، ولا أجر في ذلك، هذا كلّه قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ﷺ. انتهى. وهكذا في «رمز الحقائق»(2)، وغيره من الكتب المعتبرةِ المعتمدة.

فيا أسفاً على مَن تشيَّخَ وعدَّ نفسَه من المتصوّفين العارفين واستأجرَ القوّالَ والمغنيين مشاهرة ومسانهة، وجعلَ هذا الاتّفاقَ من أسبابِ الخيرِ والسعادة، وزيادةِ الشوقِ والعرفان، وأمر عليه فضل نفسه، وأضلّ غيره، وصار من المبتدعين الغافلين، هداه الله تعالى سواء الطريق، ووفّقه خيرَ التوفيق.

ويا حسرةً على مَن عدَّ نفسَه من محبي آلِ الرسولِ ﷺ، واستأجرَ النائحين مسانهةً ومشاهرةً لينوحوا على الإمامِ الهُمام سيِّد الشهداءِ المظلومِ في كربلاء ﷺ عند ذكر مصائبه، ويُبكوا أنفسهم ويبكوا غيرهم ممَّن حضرَ في ذلك المجلس، فقد أخطأ طريقَ الحقِّ والصواب، وعدلَ عن سبيل الأجر والثواب، وخالفَ السنّة والكتاب، والموفِّقُ هو الله التوّاب، وإليه المرجع والمآب.

[1]قوله: **وعسب التيس**؛ العسب - بالفتح -: بكرايه دادن فحل جهت كشني وبرجستن بزبر ماده وآب مني بزونسبل واولاد او. كذا في «المنتخب».

يقال عسبَ الفحلُ الناقةَ عسباً من باب ضرب: طرقها، وعسبتُ الرجلَ عسباً: أعطيته الكراءِ على الضراب، و«نهى عن عسب الفحل» وهو على حذفِ مضاف، والأصل عن كراءِ عسب الفحل؛ لأنَّ ثمرتَه المقصودة غير معلومة، فإنّه قد يلقّح وقد لا يلقّح فهو غرر.

---

(1) عسبَ الفحلُ الناقةَ عسباً: طرقها؛ وسبب النهي أنَّ ثمرتَه المقصودة غير معلومة، فإنّه قد يلقّح وقد لا يلقّح فهو غرر. ينظر: «المصباح المنير»(٢: ٦٢٥).

(2) «رمز الحقائق»(٢: ١٩٨).

ويُفْتَى اليوم بصحَّتِها ؛ لتعليم القرآن ، والفقه

ويُفْتَى اليوم بصحَّتِها[1] ؛ لتعليم القرآن ، والفقه)

والأصل عندنا : أنّه لا يجوزُ الإجارةِ

وقيل : المرادُ الضراب نفسه ، وهو ضعيف ، فإنّ تناسل الحيوانِ مطلوب لذاته ؛ لمصالحِ العباد ، فلا يكون النهي لذاته دفعاً للتناقض بل لأمرٍ خارج. كذا في «المصباح المنير»(1).

والتيس : بالفتح بزنر وآهوي نرو بفارسي آنرا تكه ونهاز كَويند. كذا في «المنتخب» ، وقال في «المصباح»(2) : التيس : الذكرُ من المعز إذا أتى عليه حول ، وقبل الحول هو الجدي ، والجمع تيوس ، مثل فلس فلوس. انتهى. فحاصلُ عسبِ التيس هو نزوه على الإناث ، وخرَّجَ أبو الخطّاب الحنبليّ ﷺ وبعض أصحابِ الشافعيّ ﷺ وجهاً في جوازه ؛ لأنّه انتفاعٌ مباحٌ تدعو الحاجةُ إليه ، فصار كإجارةِ الظئر ، ولهذا يباحُ الانتفاعُ به بالإعارة ، فيستباح بالإجارة.

ولنا : ما رواهُ البُخاريّ وأبو داود والتِّرْمِذِيُّ والنَّسَائيُّ عن ابن عمر ﷺ إنّ رسولَ الله ﷺ : «نهى عن عسبِ التيس»(3).

وفي «مسندِ أحمد» : «عن ثمنِ عسبِ الفحل»(4) ؛ ولأنّه أخذُ مالٍ في مقابلةِ ماءٍ مهين لا قيمةَ له كالميتةِ والدم ؛ ولأنَّ هذا الاستئجار للإحبال ، وهو أمر موهوم غير معلوم.

[1]قوله : **ويفتى اليوم بصحتها**...الخ ؛ لأنَّ المتقدمين إن منعوا عنها لرغبةِ الناس في زمانهم في فعلها احتساباً ، وفي مجازاةِ فاعلها بالإحسان بلا شرط ، وفي زماننا قد زال المعنيان ، ففي عدم صحّةِ الإجارة عليها تضييعها.

---

(1) «المصباح المنير»(2 : 625).

(2) «المصباح»(ص80).

(3) في «صحيح البخاري»(2 : 797) ، و«سنن أبي داود»(3 : 267) ، و«سنن الترمذي» (3 : 573) ، و«سنن النسائي»(3 : 115) ، وغيرها.

(4) في «مسند أحمد»(1 : 147) ، وغيره.

....

على الطَّاعـات[١] والمعاصي، لكن لَمَّا وقعَ الفتورُ في الأمورِ الدِّينية يُفْتَى بصحَّتِها[٢] لتعليم القرآن(١) والفقه تحرُّزاً عن الاندراس[٣].

[١]قوله: **على الطاعات**؛ أي المختصّة بملّة الإسلام، أمّا إذا كانت غير مختصّة بها فيجوز الإجارةُ عليها بالاتّفاق، كما إذا استأجرَ ذميّاً على تعليمِ التوراةِ فالاستئجارُ جائزٌ لعدمِ اختصاصِ تعليهما بملّة الإسلام، كما صرَّح به الفقهاء الكرام.

[٢]قوله: **يفتى بصحّتها**...الخ؛ قال في «الهداية»(٢): وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليمِ القرآنِ اليوم؛ لأنّه ظهرَ التواني في الأمورِ الدينيّة، ففي الامتناعِ يضيعُ حفظُ القرآن، وعليه الفتوى. انتهى.

وفي «النهاية»: يفتى بجوازِ الاستئجار على تعليمِ الفقه أيضاً في زماننا. انتهى. وفي «المجمع»: وقيل: يفتى بجوازِهِ على التعليمِ والإمامة والفقه. انتهى.

فقد اقتصرَ صاحب «الهداية» على استثناءِ تعليمِ القرآن، وزادَ بعضهم الإمامة والأذان، وبعضهم الإقامة والوعظ والتدريس.

وقد اتَّفقت كلمتهم على التعليم بالضرورة، وعلى التصريحِ بأصلِ المذهب، وهو عدمُ الجواز، فهذا دليلٌ على أنَّ المفتي به ليس هو جواز الاستئجار على كلِّ طاعة، بل على ما ذكروه فقط ممّا فيه ضرورةٌ ظاهرةٌ تبيح الخروج عن أصل المذهب من طرقِ المنع، فتذكر(٣).

[٣]قوله: **تحرّزاً عن الاندراس**؛ فإنّ العطيّات قد انقطعت من بيت المال، وقلّما يعلم حسبة، ولا يتفرَّغون للتعليم أيضاً، فإنّ حاجتهم تمنعهم من ذلك، فأفتوا بالجواز ورأوه حسناً.

---

(١) فبعض المشايخ استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني في الأمور الدينية، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن، وعليه الفتوى. وتمامه في «استحسان الاستئجار على تعليم القرآن»(ص٢٢٧). وقالوا: إنما كره تعليم القرآن بالأجر في الصدر الأول؛ لأن حملة القرآن كانوا قليلاً، فكان التعليم واجباً، حتى لا يذهب القرآن، فأما في زماننا كثر حملة القرآن، ولم يبق التعليم واجباً فجاز الاستئجار عليه. ينظر: «المحيط»(ص١٥١).

(٢) «الهداية»(٣: ٢٤٠).

(٣) ينظر: «رد المحتار»(٥: ٣٤ - ٣٥).

ويجبرُ المستأجِرُ على دفعِ ما قَبِل، ويحبس به، وعلى الحَلْوَةِ المرسومة، ولا إجارةُ المشاعِ إلا من الشَّريك

(ويجبرُ[١] المستأجِرُ على دفعِ ما قَبِل، ويحبس به، وعلى الحَلْوَةِ المرسومة)، الحَلوةِ - بفتحِ الحاء الغيرِ المعجمة - ، هديةٌ يهدى إلى المعلمين على رؤوسِ بعضِ سورِ القرآن، سمِّيتْ بها؛ لأنَّ العادةَ[٢] إهداءُ الحلاوى، وهي لغةٌ يستعملها أهلُ ما وراءَ النَّهر.

(ولا إجارةُ المشاعِ[٣] إلا من الشَّريك[٤])، هذا عند أبي حنيفةَ ﷺ

وقالوا: الأحكامُ تختلفُ باختلافِ الزمان، ألا ترى أنّ النِّساء كنّ يخرجن إلى الجماعة في زمانِ الرّسول ﷺ فكان ذلك إلى زمانِ الصديقِ الأكبرِ ﷺ، حتى منعهم الفاروقُ الأعظم ﷺ وفقَ اقتضاءِ المصالح، وكان ذلك هو الصواب، كما لا يخفى على أولي ألباب.

[١]قوله: **ويجبر...الخ**؛ أي ويجبر المستأجر سواءً كان الصبيُّ أو وليّه على دفع ما سمّاه من الأجر، ويحبس المستأجرُ بالأجرِ الذي سمّاه، ويجبرُ على دفعِ الحلوة المرسومة.

[٢]قوله: **لأنّ العادة...الخ**؛ لعلها كانت وبانت، أو هي في بعضِ البلاد، وقال في «المنح»: وهي المسمّاة في عرفِ ديارنا بالصرافة، فإنّ المؤدّب يومَ يأخذها يصرفُ المتعلمين من عنده في أوّل النهار، فيفرحونَ بذلك اليوم رغبةً في الراحةِ والبطالة. انتهى. وهذا غير ما اصطلحَ عليه أهل مصر، فإنّ الصرافةَ عندهم تكون إذ ختم الصبيُّ القرآن. ذكره العلامةُ الطَّحْطَاويّ ﷺ(١).

[٣]قوله: **ولا إجارة المشاع**؛ أي ولا تصحُّ إجارةُ المشاعِ سواء كان الشيوعُ فيما يحتملُ القسمةِ كالعروض، أو فيما لا يحتملُها كالعبد، والمرادُ من الشيوعِ هو الشيوعُ الأصلي؛ لأنّ الطارئ لا يفسدُ الإجارةَ في ظاهرِ الرواية عند الإمام، وفي روايةٍ عنه يفسدها أيضاً.

[٤]قوله: **إلاّ من الشريك**؛ فإنّه يجوزُ مشاعاً بالإجماعِ في ظاهر الرّوايةِ عن الإمام؛ لأنَّ الكلَّ مجتمعٌ على ملكه فلا يلزمُ الشيوع، وعنه لا يجوزُ أيضاً، ثمَّ اختلفَ

---

(١) في «حاشيته»(٤ : ٣٠).

....

وقالا[1]: تصحُّ إجارةُ المشاعِ من الشَّريكِ ومن غيره.

المشايخُ على قول الإمام، قيل: لا ينعقدُ حتى لا يجب الأجرُ أصلاً، وقيل: ينعقدُ فاسداً حتى يجب أجرُ المثل، وهو الصحيح. كذا في «مجمع الأنهر»[1].

[١]قوله: وقالا: تصحّ إجارة المشاعِ من الشريك ومن غيره؛ لأنّ للمشاعِ منفعة، ألا ترى إن أجرَ المثلِ يجبُ عند الإمامِ إذا أسكنَ المستأجرَ فيها، فهذا دالٌّ على أنّ للمشاعِ منفعة، وإلاّ لَمَا وجبَ شيء، ومدارُ الإجارةِ هو المنفعة، فتجوز.

فإن قيل: هذا إجارةٌ لا يقدر على تسليمه، فكيف تصحّ.

أجيب: بأنَّ التسليمَ يمكنُ بالتخلية أو بالتهايؤ، أمّا التخلية فبأن يرفعَ الشريكُ المؤجّرُ متاعَهُ من الدار، وخلّى بينها وبين المستأجر، وأمّا التهايؤ فبأن يتواضعوا على أمرٍ فيتراضوا به، ولّما ثبتَ المنفعةُ للمشاعِ وأمكنَ التسليمُ، فصار كما إذا آجر من شريكِهِ أو من رجلين وذلك جائز، فكذا هذا، وصار كالبيع.

ولأبي حنيفةَ ﷺ: إنّ هذا إجارةٌ ما لا يقدر على تسليمه، فإنّ تسليمَ المشاعِ وحده غير متصوّر؛ لأنّ التسليمَ إنّما يتمُّ بالقبض، والقبضُ أمرٌ حسيّ، وهو لا يردُ إلا على المعيّن، والمشاع غير معيَّن، وما لا يتصوَّر تسليمُهُ لا يصحُّ إجارتُهُ لعدمِ الانتفاعِ به، والإجارةُ عقدٌ على المنفعة.

والجوابُ عن إمكانِ التسليمِ بالتخلية: إنّ التخليةَ اعتبرت تسليماً إذا كان تمكيناً من الانتفاع، وإنّما يكون تَمكيناً إذا حصل، أمّا التمكّن وهو غيرُ حاصلٍ بها، فلم يعتبر فعله تمكيناً بخلافِ البيع، فإنَّ التمكّن من البيعِ والإعتاقِ وغير ذلك حاصل فيه.

والجوابُ عن إمكانِ التسليمِ بالتهايؤ: إنّ التهايؤ من أحكامِ العقد بواسطةِ الملك، فهو متأخِّرٌ عن العقدِ الموجبِ للملك، وهو منتفٍ، والانتفاعُ شرطه، وهو القدرة على التسليم، ولا يمكن إثباته بالتهايؤ؛ لأنّه لا يمكنُ أن يكون ثبوت الشيء ممّا يتأخر عنه ثبوتاً.

والجوابُ عن قياسهما على ما إذا آجَّرَ من شريكه، فهو أنَّ جملةَ المنافعِ حادثةٌ حينئذٍ على ملكه، فإنَّ البعضَ له بحكم الملك، والبعضَ له بحكم الإجارة فلا شيوع.

---

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٣٨٥).

ولو دفعَ إلى آخرَ غزلاً لينسجَهُ بنصفِه، أو استأجرَ حماراً يحملُ عليه زاداً

(ولو دفعَ[1] إلى آخرَ غزلاً لينسجَهُ بنصفِه، أو استأجرَ حماراً يحملُ عليه زاداً

فإن قيل: سلَّمنا أنّ جملةَ المنافعِ حادثةٌ على ملكه، لكن مع اختلاف النسبة؛ لأن الشريكَ منتفعٌ بنصيبه بنسبة الملك، وبنصيب شريكه بالاستئجار، فالشيوع موجود.

أجيب: بأنّ الاختلافَ في النسبة غيرُ مضرّ؛ لأنّه لا عبرةَ لاختلافِ الأسبابِ مع اتّحاد الحكم.

وأمّا الجواب عن قياسهما على ما إذا أجر من رجلين: فهو أنَّ التسليم يقعُ جملة؛ لأنّ العقد أضيفَ إلى كلّ الدار، ثمُّ الشيوعُ بتفرُّق الملك فيما بينهما طارئ، وتوضيحه: إنَّ تسليمَ المعقود عليه كما أوجبَه العقد مقدورٌ عليه للمؤاجر، ثمّ المهاياة ذلك يكون بين المستأجرين بحكم ملكهما، وهو نظيرُ الرهن من رجلين فهو جائز؛ لوجود المعقود عليه. كذا في شروح «الهداية»(1).

ومع ذلك ذكر العَيْنِيّ(2)، والشُّمُنِّيّ(3)، وغيرهما نقلاً عن «المغني»: إنّ الفتوى في إجارةِ المشاع على قولهما. انتهى.

والحيلةُ في جوازها على قول الكلِّ أن يرفعَ العقد إلى قاضٍ يحكم به، فإن تعذَّرَ الرفعُ لفقدان الإجارةِ في الكلّ، ثم يفسخان العقد في بعضه بقدرِ ما يتَّفقان عليه؛ لأنّ الشيوعَ الطارئ لا يمنعُ الجواز بالاتّفاق في ظاهر الرواية. كما ذكرنا.

[1]قوله: **ولو دفع...الخ**؛ يعني ولو دفع رجل إلى حائك غزلاً؛ لينسجه بأجرٍ هو نصف الثوب المنسوج مثلاً، أو استأجرَ حماراً يحمل عليه طعاماً إلى بيته بقفيزٍ من ذلك الطعام، أو استأجرَ ثوراً ليطحنَ له برّ القفيز من دقيق ذلك البرّ، فهذه الإجارةُ فاسدة، ويجب أجرُ المثل في الكلّ، لا يجاوز المسمَّى.

أمّا كون الإجارة فاسدة؛ فلأنّ في المسألة الأولى والثانية جعل الأجرَ بعض ما يخرجُ من عمله، فيصير في معنى قفيز الطحان، وهو منهيّ عنه كما أشارَ إليه الشارح ﷺ بقوله: وقد نهى النبيُّ ﷺ عنه.

---

(1) «العناية» و«الكفاية»(٨: ٤٢ - ٤٣).

(2) في «رمز الحقائق»(٢: ١٩٨).

(3) في «كمال الدراية»(ق٤٦٣).

ببعضِه، أو ثوراً ليطحنَ بُرّاً له ببعضِ دقيقِه

ببعضِه، أو ثوراً ليطحنَ بُرّاً له ببعضِ دقيقِه)هذا يسمَّى قفيزَ الطَّحان

والمعنى فيه: إن المستأجرَ عاجزٌ عن تسليمِ الأجر؛ لأنّ حصولَه بفعلِ الأجير، ولا يعدُّ أحدٌ قادراً بفعل غيره؛ ولأنّه جعل الأجر شيئاً لا يمكن تسليمه إلاّ بعمل للأجير، وهو العمل الذي يجبُ عليه بحكم العقد، فيكون القدرة التي هي شراء العقد قائمةٌ بحكم العقد، فتصير بمنْزلة حكم العقد، والشرط لا يصلح حكماً، فكذا لا يصلحُ قائماً به.

وأمّا في المسألة الثالثة؛ فالفساد ظاهرٌ غيرُ محتاج إلى البيان.

وأمّا وجوب أجر المثل؛ فلأنّه سَلَّمَ له المعقود عليه؛ لأنّ العامل لم يصرْ شريكاً في العين، بخلاف ما إذا استأجر ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر، حيث لا يجب الأجر؛ لأنّ المستأجر ثمّ ملكه بالأجر في الحال بالتعجيل فصار حاملاً طعاماً مشتركاً بينهما، وبحمل طعامٍ مشتركٍ بينهما لا يجب الأجر إذما من جزءٍ يحمله إلا وهو عاملٌ لنفسه، فلا يتحقّق تسليمُ المعقود عليه.

وأمّا أنّه لا يجاوز بالأجر المسمَّى؛ فلأنّ الإجارة لّما فسدت وجب الأقلُّ من المسمّى ومن أجر المثل لرضاه بحطّ الزيادة. قال الزَّيْلَعِيُّ: في «شرح الكنز»[1]: وفيه إشكالان:

أحدهما: إن الإجارةَ فاسدةٌ، والأجرةُ لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا، سواء كان عيناً أو ديناً على ما بيّناه، فكيف ملكه هاهنا من غير تسليم، ومن غير شرط التعجيل.

والثاني: إنّه قال ملكه في الحال، وقوله: لا يستحقّ الأجرة ينافي الملك؛ لأنّه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة، فإذا لم يستحقّ شيئاً فكيف يملكه.

وأجاب صاحب «المنح» عن هذين الإشكالين بقوله: يمكن الجواب عنه:

أمّا عن الأوّل؛ فلأنّ صورةَ المسألةِ أنّه عَجَّلَ له الأجرة، فإنّه قال: ملكَ النِّصفِ في الحال بالتعجيل، وهي تملك به كما تملك بشرطه.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٥: ١٣٠).

....

وقد نهى النَّبيّ ﷺ عنه[١](١) ؛ لأنَّهُ جعلَ الأجرَ بعضَ ما يخرجُ من عملِه ، والصُّورتانِ الأوَّليان في معنى قفيزِ الطَّحان.

وأمّا عن الثاني ؛ فلأنّه لمّا ملكه بالتعجيل كما ذكرنا وعمل تبيَّنَ بعد ذلك عدم استحقاقه لشيء من الأجرة ، فصار كما لو عَجَّلَ له الأجرة في عقد الإجارة ، فإنّه يحكم بكونها مالكاً لها ، فإذا استحقّها مستحقّ تبيَّن كونه ليس بمالك. انتهى. فتدبر.

وقال الزَّيْلَعِيُّ ﷺ(٢) : وكان مشايخ بلخ والنسف يجوِّزون حمل الطعام ببعض المحمول أو نسج الثوب ببعض المنسوج ؛ لتعامل أهل بلادهم بذلك ، وقالوا : من لم يجوِّزه إنّما لم يجوِّزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف.

ولئن قلنا : إنّ النصّ يتناوله دلالة ، فالنص يختصّ بالتعامل ، ألا ترى أن الاستصناعَ تُرِكَ القياسُ فيه ، وخصَّ عن القواعد الشرعيّة بالتعامل ، ومشايخنا ﷺ لم يجوزوا هذا التخصيص ؛ لأنّ ذلك تعامل أهل بلدة واحدة ، وبه لا يختصّ الأثر ، بخلاف الاستصناع ، فإنّ التعامل به جرى في كلّ البلاد ، وبمثله يترك القياس ويخصّ الأثر ، والحيلة في جوازه أن يشترطَ قفيزاً مطلقاً من غير أن يشترطَ أنّه من المحمول أو من المطحون ، فيجب في ذمّة المستأجر ، ثمّ يعطيه منه ، ثمّ الأصلُ فيه : إنّه متى ما جعل المستأجر المحمول كلّه لنفسه وشرطَ له الأجر من المحمول فسدت الإجارة ، فإذا عمل الأجير استحقّ أجر المثل ، كمسألة الكتاب المذكورة ، ومتى ما جعل المحمول بعضه له والبعض الباقي أجرة بطلت الإجارة ، و إن حمل لا يستحقّ شيئاً ؛ لأنّه ملكه بالعقد ، وفي الأوّل لم يملكه على ما بيّنا انتهى. فاحفظه.

[١]قوله : **وقد نهى النبيّ ﷺ عنه** ؛ روى الدَّارَقُطْنِيُّ والبَيْهَقِيُّ في «سننهما» ، وأبو يعلى الموصليّ في «مسنده» : عن أبي سعيدٍ الخدريّ ﷺ قال : «نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل ، وعن قفيز الطحان». كذا في «كمال الدراية»(٣).

---

(١) من حديث ابن عمر وابن عباس وأبي سعيد الخدري ﷺ في «سنن البيهقي٥»(: ٣٣٩) ، و«سنن الدراقطني»(٣: ٤٧) ، وقال ابن حجر في «الدراية»(٢ : ١٩٠) : في إسناده ضعف ، وقال البيهقي : له طرق يقوي بعضها بعضاً.

(٢) في «التبيين»(٥ : ١٣٠).

(٣) «كمال الدراية»(ق٦٣ ٤).

أو رجلاً ليخبزَ له كذا اليوم بكذا

(أو رجلاً ليخبزَ له كذا اليوم بكذا): أي استأجرَ رجلاً ليخبزَ لهُ عشرةَ أمناء اليوم بدرهم، فإنَّ هذا فاسدٌ عند أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما يصحّ[1]، والمعقودُ عليه العمل، وذِكْرُ الوقتَ للتَّعجيل.

له: أنّه جَمَعَ[2] بينَ العملِ والوقت، والأوَّلُ: أي العمل يوجبُ كونَ العملِ معقوداً عليه، وفيه نفعٌ للمستأجر، والثَّاني: أي الوقت يوجبُ كونَ تسليمِ النَّفسِ في هذا اليومِ معقوداً عليه وفيه نفعُ الأجير، فيفضي إلى المنازعة(1)، ولو كان المعقودُ عليه كليهما: أي يعملُ هذا العملَ مستغرقاً؛ لهذا اليوم فذلكَ ممّا لا قدرةَ عليه لأحدٍ عادة، حتى لو قال: ليخبزَ لهُ عشرةَ أمناءٍ في اليوم، فعن أبي حنيفةَ ﷺ أنّه يصحّ

[1]قوله: وعندهما يصح؛ أي عقد الإجارة؛ لأنّه جعلَ المعقود عملاً دون اليوم، فإذا فرغَ عنه نصفَ النهارِ فله الأجر كاملاً، وإن لم يفرغه في اليوم فعليه أن يعمله في الغد؛ لأنّ المعقود عليه هو العمل؛ لأنّه هو المقصود، وهو معلوم وذكر اليوم للتعجيل.

فكأنّه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أوّل أوقاتِ الإمكان، فيحمل عليه تصحيحاً للعقد عند تعذُّر الجمع بينهما، ويرجّح بكون العمل مقصوداً دون الوقت وتقدير المعمول يدلُّ عليه؛ لأنّ الإجارةَ إذا وقعت على المنفعة لا تقدّر بالعمل، وإنّما تقدّر بالوقت.

[2]قوله: إنّه جمع... الخ؛ هذا دليل على ما ذهب إليه الإمام، وتوضيحه: إنّ ذكر الوقت دليلٌ على كون المنفعة معقوداً عليها، وذكر العمل دليل على كونه معقوداً عليه، ونفع المستأجر في الثاني، ونفعُ الأجير في الأوّل، ولا ترجيحَ لأحدهما على

---

(1) وذلك بأن يقول المستأجِر إذا فرغ الأجير من العمل في أثناء النهار منافعك في بقية المدة حقّي باعتبار تسمية الوقت، وأنا أستعملك. ويقول الأجير إذا لم يفرغ من العمل عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة، والجهالة المفضية إلى المنازعة مفسدة، وروي عن أبي حنيفة أنه إذا قال: في اليوم؛ تصح الإجارة؛ لأن في للظرف لا للمدة، فكان المعقود عليه العمل، بخلاف اليوم فإنه للمدة. ينظر: «فتح باب العناية»(٢ : ٤٣٨).

أو أرضاً بشرطِ أن يثنِّيها

لأنَّ كلمةَ: في[1]؛ لا تقتضي الاستغراق.

(**أو أرضاً بشرطِ أن يثنِّيها**[2]): أي يكربها مرَّتين

الآخر؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يقعُ معقوداً عليه في باب الإجارة.

فصار المعقود عليه مجهولاً جهالةً تفضي إلى المنازعة، بأن يقول المستأجر إذا فرغَ الأجير من العمل في أثناء النهار: منافعك في بقيّة المدّة حقّي، باعتبار تسمية الوقت، وأنا استعملك، ويقول الأجير إذا لم يفرغ من العمل عند مضي اليوم: قد انتهى العقد بانتهاءِ المدّة، والجهالةُ المفضيةُ إلى المنازعة مفسدة.

[1]قوله: **لأنّ كلمة: في**؛... الخ؛ يعني لأنّ كلمة: في؛ للظرف، لا لتقدير المدّة، فلا يقتضي الاستغراق، فكان المعقودُ عليه هو العمل، وهو معلومٌ بخلافِ ما إذا حذفت كلمة: في؛ فإنّه يقتضي الاستغراق.

وهذا البحث مذكورٌ في «كتاب الطلاق» في قوله: أنت طالق غداً أو في الغد، ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على أن يفرغَ منه اليوم يجوزُ بالإجماع، والفرق لأبي حنيفة رضي الله عنه أنّ اليومَ للموصوف غيرُ مقصود بالعقد، ألا ترى أنّه لو اشترى عبداً على أنّه خبَّاز أو كاتب لم تكن الكتابة والخبز معقوداً عليهما حتى لا يقابله شيء من الثمن.

وأمّا في مسألةِ الكتاب ذكر اليوم قصداً كالعمل، وقد أضيف العقد إليهما على السواء، وليس أحدهما في جعله معقوداً عليه أولى من الآخر؛ لاختلاف أغراضِ المستأجرين ورغباتهم؛ لأنّ منهم مَن يميل إلى الوقت طمعاً في زيادةِ العمل، ومنهم مَن يميلُ إلى العمل خوفاً من بطالةِ العامل، ومضي الوقت بلا عمل.

وقد يختلف أغراض الأجراء أيضاً؛ فمنهم مَن يميل إلى العمل كي يفرغَ من بالعجلة ويشتغل بعملٍ آخر، أو يستريح، [ومنهم من يميل إلى الوقت كي يستحق الأجرة وإن لم يعمل فلا يترجَّح] أحدُهما على الآخر فيفسد. ذكره الزَّيْلَعِيُّ[1]، وغيره.

[2]قوله: **أن يثنيها**؛ من الإثناء، وهو أن يعيد الحرثَ بالمحراث بعد الحرث الأوّل مبالغةً فيه، والكلام على تقدير مضاف: أي يثنى كرابها، فإنّ الثناء له لا للأرض.

---

(١) في «التبيين»(٥: ١٣١).

أو يكري أنهارها

فإن كان المرادُ[1] أن يردَّها مكروبةً فلا شكَّ في فساده، فإنَّه[2] شرطٌ لا يقتضيهِ العقد، وفيه نفعٌ لأحدِ العاقدين، وهو المؤجِّر، وإن لم يكنْ المرادُ هذا فإن كانت الأرضُ لا تخرج الرَّيْع[3](1) إلا بالكرابِ مرَّتين لا يفسدُ العقد، لأنَّ الشَّرطَ مِمَّا يقتضيهِ العقد[4]، وإن كانتْ تخرجُ الرَّيْع بدونِه، فإن كان أثرُهُ يبقى بعد انتهاءِ العقدِ يفسد إذ فيه منفعةُ ربِّ الأرض، وإن كانَ أثرُهُ لا يبقى، لا يفسد.

(أو يكري أنهارها)[5]

---

[1]قوله: فإن كان المراد... الخ؛ يعني قال بعضُهم: إنّ المراد بالتثنية في هذه المسألة أن يردّ الأرضَ ربّها مكروبة، وقال بعضُهم: إنّ المرادَ بها هاهنا أن يكربها مرّتين، فإنّ المرادَ أن يردّها... الخ.

[2]قوله: فلا يشكّ في فساده، فإنّه... الخ، حاصله: إنّ الإجارةَ تفسدُ حينئذٍ؛ لبقاءِ نفع الكراب بعد انقضاء المدّة، وهذا شرط لا يقتضيه العقد، وسببُ الفساد وبقاءُ النفع لربّ الأرض، فتوجد صفقتان في صفقة واحدة، وهي مّما نهى عنه رسول الله ﷺ.

وتوضيح المقام: إنّ ما كان ملائماً للعقد ليكون مفسداً له وللأراضي إنّما تستأجر لمنفعةِ المستأجر خاصّة، فكلُّ فعلٍ ينتفعُ به المستأجرُ خاصّة، كالكراب والزراعةِ والسقي يكون ملائماً للعقد، وكلُّ فعلٍ ينتفعُ به المؤجِّرُ خاصّة يكون مخالفاً للعقد مفسداً له؛ كشرط إبقاء السِّرقين ورد الأرض مكروبة.

[3]قوله: الرَّيع؛ - بالفتح -: الزيادة والنماء، وراعت الحنطة وغيرها ريعاً من باب باع: إذا أدركت ونمت. كذا في «المصباح»(2)، وقال في «المنتخب»: دخلى كراز كشت حاصل شود. انتهى.

[4]قوله: لأنّ الشرطَ مّما يقتضيه العقد؛ فإنّ الزراعةَ لا يتأتّى إلا بالكراب، ولما لم تخرج الأرض الريع إلاّ بالكراب مرّتين، فكان شرطُ الكرابِ مرّتين من مقتضيات العقد، فذكره لا يوجب الفساد كما لا يخفى على صاحب الطبع الوقّاد.

[5]قوله: أو يكري أنهارها؛ عطف على قوله: يثنيها؛ أي لو استأجر رجلٌ

---

(1) الرَّيع: النماء والزيادة. ينظر: «مختار»(ص٢٢٦).

(2) «المصباح المنير»(ص٢٤٨).

أو يُسَرْقِنَها أو يزرعها، بزراعةِ أرضٍ أخرى فسدت

ذكرَ أنَّ المرادَ الأنهارُ العظام(١)، فإنَّ منفعةَ كريها تبقى بعدَ انقضاءِ العقدِ بخلافِ الجداول[١]، (**أو يُسَرْقِنَها**)[٢]، فإنَّ منفعتَهُ تبقى بعد انقضاءِ العقد.

(**أو يزرعها**[٣]، **بزراعةِ أرضٍ أخرى فسدت**): أي استأجرَ أرضاً ليزرعَها، ويكون الأجرةُ أن يزرعَ المؤجِّرُ أرضاً أخرى هي للمستأجر، لا يجوزُ عندنا، وعند الشَّافعيِّ ﷺ(٢) يجوز

أرضاً بشرطِ أن يحفرَ أنهارها العظام تفسد الإجارة؛ لبقاء منفعته في العام القابل.

[١]قوله: **بخلاف الجداول**؛ فالإجارةُ بشرطِ كريها صحيحة؛ لأنّه يجب على المستأجر بدون شرطه وإنّه لا يبقى أثره بعد العام فلا تفسده، وهو الصحيح.

قال الصدر الشهيد ﷺ: واختاره الوالد برهان الأئمة ﷺ، وإليه ذهب في «الهداية»، وسوّى بعضُهم بين الكبار والصغار في الفساد؛ لإطلاقِ محمّد ﷺ، وصحّحه في «الذخيرة»، واختاره خُواهر زَادَه ﷺ وبه كان يفتى، ذكره العلامة الحَمَويّ ﷺ.

[٢]قوله: **أو يُسَرْقنها**؛ عطف على قوله: يثنيها؛ أي لو استأجرَ رجلٌ أرضاً بشرطِ أن يضعَ فيها السِّرقين وهو الزبل ليتهيج الزرع، فالإجارةُ فاسدة، إلا إذا كان الريع لا يخرج من الأرض إلا بوضع السِّرقين فيها، أو كانت المدّة طويلة. كما صرَّحوا به.

[٣]قوله: **أو يزرعها**...الخ؛ عطفٌ على قوله: يثنيها أي لو استأجر رجلٌ أرضاً بشرط أن يزرعَها بزراعة أرضٍ أخرى بأن جعلت زراعة الأرض الأخرى أجرة لها، فهذه الإجارةُ فاسدة.

وكذا استئجار دابّة ليركبها بركوب دابّة أخرى يركبها الآخر بمقابلتها.

وكذا استئجار دارٍ ليسكنها بسكنى دار أخرى ليسكنها الآخر بمقابلتها.

وكذا استئجار ثوبٍ ليلبسه بلبس ثوب آخر يلبسه الآخر بمقابلته.

فالحاصل أنّ إجارةَ نوعٍ بنوعٍ آخر لا قدر فيهما فاسدة.

---

(١) أي أن يحفر الأنهار العظام. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٣٨٨).

(٢) ينظر: «النكت»(ص٥٤٤)، وغيرها.

....

لأنَّ المنافعَ بمَنْزِلةِ الأعيانِ عنده[١].

ولنا[٢]: أنَّ الجنسَ بانفرادِهِ يحرِّمُ النَّسَاء عندنا

[١]قوله: **لأنّ المنافع بمنزلة الأعيان عنده**؛ حتى جازت الإجارة بأجرة هي دين على المؤاجر، ولا يصيرُ ديناً بدين، فلو لم تكن المنافع بمنْزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين، وهو غيرُ جائز.

[٢]قوله: ولنا... الخ؛ حكى أنّ محمّد بن سماعة ﷺ أرسلَ كتاباً إلى محمّد بن الحسن ﷺ يسأله: لِمَ لا يجوز إجارةُ سكنى دار بسكنى دار؟ فأجاب بقوله: إنّك أطلت الفكرة، فأصابتك الحيرة، وجالست الحنائي - اسم محدث - فكانت زلة عظيمة، أما علمتَ أنّ إجارةَ السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نسيئةً. ذكره صاحب «النتائج»(١)، وغيره.

قال في «العناية»(٢): وفيه بحثٌ من وجهين:

الأوّل: إنّ النَّساء ما يكون اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك.

وأمّا الثاني: هو إن النَّساء إنّما يتصوّر في مبادلةِ موجودٍ في الحال بما ليس كذلك، فإن كلَّ واحد منهما ليس بموجود هل يحدثان شيئاً فشيئاً.

وأجيب عن الأول: بأنهما لمّا أقدما على عقد يتأخّر المعقود عليه فيه، ويحدث شيئا فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط، فألحق به دلالة؛ احتياطاً عن شبهة الحرمة.

وفيه نظر؛ لأنّ في النَّساء شبهةُ الحرمة، فبالالحاق به تكون شبهةُ الشبهة، وليست بمحرّمة، والجواب: إنّ الثابتَ بالدلالةِ كالثابتِ بالعبارة، فبالالحاق تثبتُ الشبهة، لا شبهته حقّاً.

وعن الثاني: بأنّ الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورةَ تحقّق المعقودِ عليه دون ما تصحبه؛ لفقدانهما فيه، ولزوم وجود أحدهما حكماً وعدمُ الآخرِ يحقّق النَّساء. انتهى.

---

(١) «نتائج الأفكار»(٨: ٥٤ - ٥٥).

(٢) «العناية»(٨: ٥٤).

بخلافِ استئجارها على أن يكربَها ويزرعَها، أو يسقيها ويزرعَها، فإن لم يذكرْ زراعتها

كبيعِ[1] ثوبٍ هرويٍّ بمثلِه، وأحدهما نسيئة. وقوله: فسدتْ جوابُ الشَّرطِ، وهو قوله: ولو دفع... إلى آخرِه.

(**بخلافِ**[2] **استئجارها على أن يكربَها ويزرعَها، أو يسقيها ويزرعَها**)، فإنّه يصحُّ؛ لأنَّ هذا شرطٌ يقتضيه العقد، (**فإن لم يذكرْ زراعتها**

ولما كان يرد عليه الاشكالان، وإن أمكن الجوابُ عنهما، قال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(١): الأولى أن يقال: إن الإجارة أجيزت على خلافِ القياس للحاجة، ولا حاجة إلى استئجار المنفعة بجنسها؛ لأنّه يستغنى بما عنده منها فبقى على الأصل فلا يجوز.

ولا كذلك عند اختلاف الجنس؛ لأنّ حاجةَ كلٍّ واحدٍ منهما إلى المنفعة التي ليست عنده باقية، ثمَّ إذا استوفى أحدهما المنفعة عند اتّحاد جنسِ المنفعةِ فعليه أجرُ المثلِ في ظاهرِ الرِّواية؛ لأنّه استوفى منفعةً بحكمِ عقدٍ فاسد، فيلزم عليه أجر المثل، وروى الكَرْخي ﷺ عن أبي يوسف ﷺ: إنّه لا شيء عليه؛ لأنّه تقوّم المنفعة بالتسمية، وقد فسدت كما ذكروا.

[١]قوله: **كبيع**...الخ؛ أي فصارَ كحكمِ بيعِ الثوبِ الهَرَويّ بمثله، وإنّما لم يجز البيع هاهنا؛ لأنّ أحد صفتي علّة الربا كافٍ في حرمة النَّساء، وهو الجنس وقد وجد هاهنا.

[٢]قوله: **بخلاف**...الخ؛ أي بخلاف ما إذا استأجرَ رجلٌ أرضاً على أن يكربها ويزرعها، أو يسقيها ويزرعها، فهذا الاستئجار جائز، والزراعة إنما أسخفت بالعقد وهي لا تحصل إلا بالكراب والسقي، فاستحقّ كلّ واحدٍ منهما، وكلُّ شرطٍ يكون من مناسبات العقد يكون من مقتضيات العقد، فذكره غيرُه موجب للفساد كما ذكرنا سابقاً.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٥: ١٣٢).

أو ما يزرعُ فيها لم يصحّ إن لم يعمّه، فإن زرعَها ومضى الأجلُ عاد صحيحاً

أو ما يزرعُ فيها لم يصحّ[1] **إن لم يعمّه)**، بأن قال: ازرعْ فيها ما شئت، وهذا بخلافِ الدّار، فإن استئجارَها يقع على السُّكنى على ما مرّ.

(فإن زرعَها ومضى الأجلُ عاد صحيحاً)[2]، وهو استحسانٌ

[1]قوله: **لم يصحّ**... الخ؛ عقد الإجارة؛ لأنّ استئجار الأرض قد يكون للزراعة وقد يكون لغيرها من البناء، ونصب الخيم ونحوها.

وكذا ما يزرعُ فيها مختلف فبعضه أقلّ ضرراً بها من بعض، فإنّ ضررَ البذرة والأرز لها أكثر من ضررِ الحنطة والشعير فلا بدّ من التسمية عند العقد، وإلا لم يكن المعقود عليه معلوماً، فيفضي إلى الفساد، وهذا إذا لم يعمّم المؤجر، أمّا إذا عمّم بأن يقول: على أن تزرعَ ما شئت، فحينئذٍ يصحّ؛ لوجود الإذن منه.

قال العلامة الطَّحْطَاويُّ في «حاشيته على الدر المختار»[(1)]: ونقل سري الدين عن المحبي إنّه إذا استأجرَ أرضاً بأجرِ معلومٍ مدَّة معلومةً مقيلاً ومراحاً، إن كان معنى ذلك عند الناس سواء انتفع أو لم ينتفع، فالإجارةُ فاسدة؛ لأنه ينحل إلى أنها مسلوبة المنفعة، ولو صرّح بذلك كانت فاسدة، فكذلك إذا قال مقيلاً ومراحاً، وإن كان معناه أنّه ينتفعُ بها سائرَ الانتفاعات فهو أيضاً محلّ توقّفٍ ونظر. انتهى.

وأيّدَه بما يؤيده على بعد، وقوله: لأنّه ينحل... الخ غير ظاهر؛ لأنّ معناه: انتفع بالفعل أو لا، لا أنها مسلوبة المنفعة، وقوله: وإن كان... الخ؛ غير ظاهر أيضاً؛ لأنّه عند التعميم تصحّ الإجارة. انتهى ما في «حاشية الطَّحْطَاوي»[(2)].

[2]قوله: **عاد صحيحاً**؛ قال العلامةُ الطَّحْطاويُّ[(3)]: الصوابُ حذفه؛ لأنّ عوده إلى الصحّة لا يتوقّف على مضيّ الأجل، بل على الزراعة قبل مضيّ الأجل، وإنّما هذا قيدٌ في لزوم المسمّى، كيف والمسألة من مسائل «الجامع الصغير»، وقد ذكر فيه مضيّ الأجل.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»(٤: ٣٣).

(٢) «حاشية الطحطاوي»(٤: ٣٣).

(٣) في «حاشيته»(٤: ٣٣).

ومَن استأجر جملاً إلى مِصْر، ولم يسمِّ حملَه، وحملَ المعتادَ فنفقَ لم يضمن

ووجهه: أنَّ الجهالةَ قد ارتفعت[١] قبلَ تمامِ العقد[٢]، وعندَ محمَّد ﷺ لا يعودُ صحيحاً وهو القياس.

(ومَن استأجر جملاً إلى مِصْر، ولم يسمِّ حملَه، وحملَ المعتادَ[٣] فنفقَ لم يضمن)؛ لأنَّ الإجارةَ[٤] فاسدة، فالعينُ أمانةٌ كما في الصَّحيحة

ونصّه: عن يعقوب ﷺ عن أبي حنيفةَ ﷺ في الرجل يؤاجر الأرضَ ولم يسمّ أنّه يزرع فيها شيئاً، قال: الإجارة فاسدة، فإن اختصما قبل أن يعملَ فيها شيئاً أفسدتها، وإن زرعَها ومضى الأجلُ فله الأجر الذي سمّى. فتدبّر. انتهى.

[١]قوله: قد ارتفعت؛ بوقوع ما وقع فيها من الزرع، فإن قيل: لو ارتفعت الجهالة بمجرّد الزراعة لكن جاز أن يكون ما زرعَها مضرّاً بالأرضِ فيقعُ المنازعة بهذا السبب، قلنا: المانع المفسّر هو توقّع المنازعة بينهما في تعيّن المعقود عليه، وقد زال هذا التوقّع فجاز العقد.

[٢]قوله: قبل تمام العقد؛ أي قبل تمامِ مدّته، وقول «العناية»: قبل تمام العقد تنقض الحاكم ممّا لا تقبله الفطرة السليمة، فإنّه ينفسخُ من الأصلِ بنقض الحاكم، فكيف يتمّ به، وتمامُ الشيء من آثارِ بقائه. ذكره العلامة الشاميّ ﷺ(١) نقلاً عن الطوري ﷺ(٢).

[٣]قوله: وحمل المعتاد؛ وإنّما قيّد به؛ لأنّه إذا حمل عليه ما لا يحمل عليه عادةً فهلك ذلك الحمل يجبُ الضمان؛ لظهور التعدّي بخلاف الحمل المعتاد، فإنّ مطلقَ الإذن ينصرف إلى المعتاد ولم يتعدّ المعتاد.

[٤]قوله: لأنّ الإجارة... الخ؛ حاصله: إنّ العين أمانةٌ في يد المستأجر، وإن كانت الإجارةُ فاسدة؛ لأنّ الفسادَ معتبرٌ بالصحيح؛ لكونِهِ مشروعاً من وجه؛ لأنّه مشروعٌ

---

(١) في «رد المحتار»(٥: ٣٨).

(٢) وهو محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي، من مؤلفاته: «الفواكه الطورية في الحوادث المصرية»، و«تكملة البحر الرائق شرح كنْز الدقائق»، وجمع ورتب فتاوى سراج الدين الهندي وزاد عليها، وفرغ منها سنة (١١٣٨هـ). ينظر: «معجم المؤلفين»(٣: ٢٥٥)، و«هدية العارفين»(٢: ٣١٨)، و«إيضاح المكنون»(٢: ٢٠٢ - ٢٠٣).

وإن بلغَ فله المسمَّى، فإن خاصما قبلَ الزَّرعِ أو الحملِ نقضَ عقد الإجارة

(وإن بلغَ فله المسمَّى): أي استحساناً[١]، كما ذكرنا في مسألةِ الزِّراعة[٢](١)، (فإن خاصما قبلَ الزَّرعِ أو الحملِ نقضَ عقد الإجارة): أي إن خاصمَ المتعاقدان قبل الزَّرعِ في مسألةِ إجارةِ الأرضِ بلا ذكرِ الزَّرعِ وقبلَ الحملِ في هذه المسألةِ ينقض القاضي العقد[٣].

بأصله دون وصفه، فلا يضمن ما لم يتعدّ، فإذا تعدّى ضمنَ ولا أجر عليه.

[١]قوله: استحساناً؛ فإنّ الفساد كان للجهالة، فإذا حملَ عليه شيئاً يحمل على مثله تعيَّن ذلك، فانقلبَ صحيحاً؛ لأنّ الموجبَ للفساد قد زال، وفي القياس: يجبُ أجرُ المثلِ لفساد الإجارة.

[٢]قوله: كما ذكرنا في مسألة الزراعة؛ حيث قال: إنّ الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد انتهى. فإذا حمل على الجملِ حملاً معتاداً فقد تعيَّن وارتفعت الجهالة التي تفضي إلى المنازعة، فانقلبت الإجارةُ إلى الجواز، ووجب عليه ما عيّنه من الأجر.

[٣]قوله: ينقض القاضي... الخ؛ فإنّ الفسادَ قائمٌ بعد عقد الإجارة قبل الحمل على الجمل وقبل الزراعة في الأرض، ولو استأجر دابّةً ثم جحدَ الإجارةَ في بعض الطريق وجب عليه أجرُ ما ركبَ قبل الإنكار، ولا تجبُ الأجر لما بعده عند أبي يوسف ﷺ؛ لأنّه بالجحودِ صار غاصباً، والأجر والضمان لا يجتمعان.

وقال محمّد ﷺ: يجبُ الأجرُ كلّه؛ لأنّه سلم من الاستعمال فسقط الضمان. ذكره الزَّيْلَعِي(٢) نقلاً عن «الكافي».

(١) أي المارّة قبل أسطر.

(٢) في «تبيين الحقائق»(٥: ١٣٣).

باب من الإجارة

[فصل ضمان الأجير]

الأجيرُ المشتركُ يستحقُّ الأجرَ بالعمل، فله أن يعملَ للعامَّة

باب من الإجارة[1]

[فصل ضمان الأجير]

(**الأجيرُ المشتركُ[2] يستحقُّ الأجرَ بالعمل، فله أن يعملَ للعامَّة**)، إنَّما أدخلَ الفاءَ في قوله: فلهُ؛ لأنَّ هذا مبنيٌّ على ما سبق؛ لأنَّ الواجبَ عليه أن يعملَ هذا العملَ من غيرِ أن يصيرَ منافعُ الأجيرِ للمستأجر، فسميَّ بهذا: أي بالأجيرِ المشترك.

[1]قوله: **باب من الإجارة**؛ أي هذا قطعةٌ من بيانِ الإجارة ذكرَ فيها ضمانَ الأجير وغيره لما فرغ المصنّف ﷺ عن ذكرِ أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان؛ لأنّه من جملةِ العوارض التي تترتب على عقد الإجارة، فيحتاج الى بيانه. ذكره الإِتْقَانِيُّ، وغيرُه.

[2]قوله: **الأجير المشترك**؛ الأجيرُ على ضربين: أجيرٌ مشترك، وأجيرٌ خاصّ، وقد اختلفت عبارةُ المشايخِ في حدِّهما:

فقال [بعضُهم]: الأجيرُ المشترك: مَن يتقبَّلُ العملَ من غيرِ واحد، والأجير الخاصّ: مَن يتقبّل العملَ من واحد.

وقال القُدُوريُّ ﷺ: المشترك مَن لا يستحقُّ الأجرُ حتى يعمل، والأجيرُ الخاصّ: الذي يستحقّ الأجرَ بتسليم نفسه في المدّة، وإن لم يعمل، وهذا يؤول إلى الدور؛ لأنّ هذا حكم لا يعرفه إلا مَن يعرف الأجير المشترك والخاصّ.

وحكمه: أنّ المشترك له أن يتقبّل العملَ من أشخاص؛ لأنّ المعقودَ عليه في حقّه هو العمل أو أثره، فكان له أن يتقبَّل من العامّة؛ لأنّ منافعَه لم تصر مستحقة لواحد، فمَن هذا الوجه سُمِيَ مشتركاً، والأجيرُ الخاصُّ لا يمكنه أن يعمل لغيره؛ لأنّ منافعَه في المدّة صارت مستحقّةٌ للمستأجر، والأجر مقابل بالمنافع؛ ولهذا يبقى الأجر مستحقّاً، وإن نقصَ العمل. كذا في «التبيين»(1).

---

(1) «تبيين الحقائق»(5: 134).

كالخيّاطِ ونحوه، ولا يضمنُ ما هلكَ في يدِه، وإن شرطَ عليه الضَّمان

(كالخيّاطِ ونحوه، ولا يضمنُ ما هلكَ في يدِه[١]، وإن شرطَ عليه الضَّمان[٢]

ويمكن أن يجاب عنه: بأنّه قد عُلِمَ ممّا سبق في باب الأجر متى يستحقُّ: إنّ بعضَ الأجرِ يستحقُّ بالعمل، فلم يتوقَّف معرفته على معرفة المعرف فالأولى ما قاله الزَّيْلَعِيُّ ﷺ(١): الأوجه أن يقال: الأجيرُ المشترك من يكون عقده وارداً على عمل معلوم ببيان محلّه؛ ليسلم من النقض.

والأجيرُ الخاصّ: مَن يكون العقدُ وارداً على منافعه، ولا يصير منافعه معلومة إلاّ بذكرِ المدّة أو بذكرِ المسافة، ومنافعه في حكم العين، فإذا صارت مستحقّة بعقد المعاوضة لإنسان لا يتمكّن من إيجابها لغيره بخلاف الأجيرِ المشترك؛ لأنّ المعقودَ عليه فيه هو الوصف الذي يحدث في العين بعمله، فلا يحتاجُ إلى ذكرِ المدّة، ولا يمتنعُ تقبّل مثل ذلك العمل مع غيره؛ لأنّ ما استحقّه الأوّل في حكمِ الدَّين في ذمّته.

وهو نظيرُ السَّلَم مع بيع العين، فإن المُسَلَّم فيه لمّا كان ديناً في ذمّته لا يتعذّر عليه بسببه قبولُ السَّلَم من غيره، والبيع لما كان يلاقي العين لا يملك بيعه من غيره بعدما باعه؛ ولهذا كان مشتركاً، والأوّل أجير واحد، وأجير خاصّ. انتهى.

[١]قوله: **ولا يضمن ما هلك في يده**...الخ؛ سواء هلكَ بأمرٍ يمكن التحرُّزُ عنه كالسرقة والغصب، أو بأمرٍ لا يمكن التحرُّزُ عنه كالموت حتفَ الأنف، والحريق الغالب والغارة الغالبة، وهذا عند الإمام، وأحمد، وإسحاق، والمزني، والشافعي ﷺ في قول.

وقال أبو يوسف ومحمّد ﷺ: إن هلكَ بأمرٍ لا يمكن التحرُّز عنه فلا ضمانَ عليه، وإن هلك بأمرٍ يمكنُ التحرُّزُ عنه فعليه الضمان، والمالك بالخيار إن شاءَ ضمَّنَه محمولاً وأعطاه الأجر، وإن شاء ضمَّنَه غير معمول ولا أجرَ له، وبالتضمين قال مالك والشافعيّ ﷺ في قول.

[٢]قوله: **وإن شرط عليه الضمان**؛ قال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(٢): إن شرطَ الضمانَ على الأجيرِ المشتركِ في العقد، فإن شرطَ عليه فيما لا يمكن التحرُّزُ عنه لا يجوز بالإجماع؛ لأنّه شرطٌ لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما ففسدت.

---

(١) في «التبيين»(٥: ١٣٣).

(٢) «تبيين الحقائق»(٥: ١٣٥).

وبه يفتي

وبه يفتي[(١)][(١)]). اعلمْ أنَّ المتاعَ في يده أمانةٌ عند أبي حنيفةَ ﷺ، ولا يضمنُ إلاَّ بالتَّعدِّي كما في الوديعة، وعندهما يضمنُ إلاَّ إذا هلكَ بسببٍ لا يمكنُ الاحترازُ

وإن شرطَ عليه فيما يمكنُ الاحترازُ عنه، فعلى الخلاف، فعندهما يجوز؛ لأنّه يقتضيه العقد عندهما، وعنده يفسد؛ لأنَّ العقدَ لا يقتضيه، فيكون اشترطه فيه مفسداً. انتهى.

[١] قوله: وبه يفتى؛ أي يفتى بعدم وجوبِ الضمان، وإن شرطَ عليه الضمان وهو مرويٌّ عن عمر وعليّ ﷺ، وهو قول إبراهيمُ النَّخَعيّ ﷺ، كما روى عنهما مثل قولهما، وذكرَ الإتقانيّ عن «شرح الكافي»: «إنّ عليّاً ﷺ كان يضمنُ الخيّاطَ والقصّارَ ومثل ذلك من الصنّاع احتياطاً للنَّاس أن يضيّعوا من أموالهم»، وهذا كان من رأيه بدأ ثم رجع. انتهى.

وروى محمّد ﷺ من «الآثار»: عن أبي حنيفةَ عن حمّاد عن إبراهيم أنّ شريحاً ﷺ لم يضمن أجيراً قطّ. انتهى. وكان حكمُ شريحٍ بحضرةٍ من الصحابة والتابعين من غير نكير، فحلَّ محلّ الإجماع.

وذكر في «الذخيرة»: كان الفقيه أبو جعفرٍ سوَّى بين شرط الضمان وعدم الشرط، وكان يقول بعدم الضمان؛ لأنَّ شرطَ الضمان في الأمانة مخالفٌ لقضية الشرع فيكون باطلاً، وقال الفقيه أبو اللّيث ﷺ: وبه نأخذ، وبه يفتى، وبه جزم أصحاب المتون، فكان هو المذهب خلافاً لما في «الأشباه» من أنّه إن شرط ضمانه ضمنَ إجماعاً. انتهى. كما ذكرناه نقلاً عن «التبيين».

وذكر في «العدة»: إذا هلك العين عند الأجيرِ المشتركِ نحو القصّار والصبّاغ بعد الفراغ من العمل لا أجر له؛ لأنّه لم يُسَلِّم العمل، ولا يضمن الثوب عند أبي حنيفة

(١) وبه جزم أصحاب المتون مثل: «الملتقى»(ص١٦٣)، و«التنوير»(ص١٨٩)، و«الغرر»(٢: ٢٣٥)، وغيرها، وفي «الدرر»(٢: ٢٣٥)، و«فتح باب العناية»(٢: ٤٤٠): واختار المتأخرون من أصحابنا الصلح على النصف بكل حال، وأفتوا به عملاً بأقوال الصحابة والفقهاء بقدر الإمكان: أي في كل نصف بقول حيث حطّ النصف وأوجب النصف. ينظر: «رد المحتار»(٥: ٤١).

....

....

كالخاصّ، وعندهما يضمن صيانةً لأموالِ الناس، وهذا مذهبُ عمر وعليّ ﷺ، ومذهب أبي حنيفةَ مذهب عطاء وطاؤوس ﷺ، وهما من كبار التابعين.

وبعض العلماء أخذوا بقول أبي يوسفَ ومحمّد ﷺ احتشاماً لقول عمرَ وعليّ ﷺ، وبعضُهم أفتوا بالصلح عملاً بالقولين، منهم شمس الأئمّة الأُوزْجَنْدِيّ ﷺ[1] وأئمّة فرغانة على هذا، وشيخ الإسلام عزّ الدين الكنديّ ﷺ وأئمّة سمرقند كانوا يقولون بالصلح، والشيخ الإمام ظهير الدين أفتى بقول أبي حنيفة ﷺ.

قال صاحب «العدة»: فقلت لهم يوماً مَن قال منهم بالصلح هل يجب إجبار الخصم لو امتنع قال: كنت أفتي بالصلح بالجبر في الابتداء فرجعت عن هذا، وكان القاضي الإمام فخر الدين يفتي بقول أبي حنيفة ﷺ.

وفي «فوائد» صاحب «المحيط»، وفتوى القاضي الإمام جلال الدين الريغدموني: أنّه ينظر إن كان الأجير مصلحاً لا يجب الضمان، وإن كان بخلافه يجب الضمانُ كما هو مذهبهما، وإن كان مستورَ الحال يؤمر بالصلح. كذا في «الفصول العمادية».

وقال الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»[2]: وبقولهما يفتى اليوم لتغيّر أحوالِ الناس، وبه يحصل صيانةُ أموالهم. انتهى.

فقد عرفت أن أكثرهم يفتي بقول الإمام، وهو عدم الضمان مطلقاً، وبعضهم: يفتى بقولهما مطلقاً، وبعضُهم: يفتى بالصلح على نصف القيمة مطلقاً، وبعضُهم يفتى بقولهما إن كان الأجير مصلحاً، وبقولهما إن كان غير مصلح، وبالصلح إن كان مستور الحال فقد اختلفت الافتاء.

ثمّ اعلم أنّ محلَّ الخلاف إذا كان المتاع المستأجرُ عليه محدثاً فيه عمل أما لو أعطاه مصحفاً ليعمل له غلافاً، أو سيفاً ليعمل له جهازاً أو سكيناً ليعمل له نصاباً، فضاع المصحف أو السيف أو السكين فإنّه لا يضمنُ بالإجماع؛ لأنّه لم يستأجره على إيقاع العمل في ذلك، وإنّما استأجره على غيره، وفي الحقيقة هذا ممّا هلكَ في يده لا بعمله.

---

(١) وهو محمود بن عبد العزيز الأُوزْجَنْدِيّ، شيخ الإسلام، شمس الأئمة، جد قاضي خان، تفقه على السَّرَخْسِي. ينظر: «الجواهر المضية»(٣: ٤٤٦)، و«الفوائد البهية»(ص٣٤٢)، وغيرها.

(٢) «تبيين الحقائق»(٥: ١٣٥).

....

عنه كالموتِ حتفَ أنفه[١]، والحرقُ الغالب، أمّا إذا سرق، والحالُ أنّهُ لم يقصِّرْ في المحافظةِ يضمنُ عندهما، كما في الوديعةِ التي تكون بأجر، فإنَّ الحفظَ[٢] مستحقٌّ عليه

ومحلُّ الخلاف هو الإجارةُ الصحيحةُ لا الفاسدة، فإنّ الإجارةَ إن كانت فاسدة ولا ضمان بالاتّفاق؛ لأنّ العين حينئذٍ تكون أمانة؛ لكونِ المعقود عليه وهو المنفعة مضمونةٌ بأجرِ المثل. كما صرَّحوا به.

[١]قوله: حتف أنفه؛ الحتف: الهلاك، قاله ابنُ فارس، وتبعَه الجَوْهَرِيّ، ولا يبتنى منه فعل، يقال: مات حتف أنفه إذا مات من غير ضربٍ ولا قتل، وزاد الصَّغانيُّ: ولا حرق ولا غرق.

وقال الأَزْهَرِيُّ: لم أسمع للحتفِ فعلاً، وحكاه ابنُ القوطية، فقال: حتفَه اللهُ يحتفه حتفًا من باب ضرب: إذا أماته، ونقلُ العدل مقبول، ومعناه: أن يموتَ على فراشه، فيتنفّس حتى ينقضيَ رمقه؛ ولهذا خصَّ الأنف.

ومنه يقال للسمك: يموت في الماء ويطفو: مات حتف أنفه، وهذه الكلمة تكلّم بها أهل الجاهليّة، قال السموأل: وما مات منّا سيدٌ حتف أنفه. كذا في «المصباح المنير»(١).

[٢]قوله: فإنّ الحفظ...الخ؛ دليلٌ على مذهبهما، وتقريره: نّ الحفظ مستحقٌّ عليه، إذ لا يمكنه العملُ إلا به، والعمل السليم من العيب مستحقٌّ عليه بالعقد، فإنّ عقدَ المعاوضة يقتضي سلامةَ المعقود عليه عن العيب.

ومن الظاهر أنّ ما لا يتوصّل إلى المستحقّ إلاّ به يكون مستحقّاً، فإذا هلكَ بسببٍ يمكنُ الاحترازُ عنه كالغصب والسرقة، كان التقصير من جهته، فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر، وكما إذا هلكَ بفعله، بخلاف ما لا يمكن الاحترازُ عنه؛ لأنّه لا تقصير من جهتِه.

---

(١) «المصباح»(١: ١٨٨).

بل ما تلفَ بعملِهِ كدقِّ القصَّارِ ونحوِهِ

وأبو حنيفةَ ﷺ يقول[١]: الأجرةُ في مقابلةِ العملِ دون الحفظ، فصارَ كالوديعةِ بلا أجر، أمَّا إن شرطَ الضَّمانَ فعندَ بعضِ المشايخِ ﷺ: أنّه يضمنُ عند أبي حنيفة ﷺ، وعند بعضهم: أنّه لا يضمن، وفي «المتن» اختارَ هذا؛ لأنَّ شرطَ الضَّمان في الوديعةِ باطلٌ، لكن يمكنُ أن يقال: إذا شرطَ الضَّمانَ هنا صارَ كأنَّ الأجرَ في مقابلةِ العمل والحفظِ جميعاً، ففارقَ الوديعةَ التي لا أجرَ فيها.

(**بل ما تلفَ بعملِهِ كدقِّ القصَّارِ ونحوِهِ**)، كزلقِ الحمَّال[٢]، وشدِّ المكارى[٣]، ومدِّ الملاَّح

---

[١]قوله: **وأبو حنيفة ﷺ يقول**...الخ؛ تحريرُه: إنّ العينَ أمانةٌ في يده؛ لأنّه قبضَها بإذنِ المالك لإقامة العمل فيها، فلا تكون مضمونةً عليه كالوديعة والعارية؛ لأنّ الضمانَ إمّا أن يجبَ بالتعدّي أو بالعقد، ولم يوجد واحدٌ منهما.

أمّا التعدّي؛ فلأنّه قبضَ بإذنِ المالك.

وأمّا العقد؛ فلأنّه وردَ على العمل لا على العين؛ ولهذا لو هلكَ بسببٍ لا يمكنُ التحرُّزُ عنه لم يضمنها، ولو كانت مضمونةً لضمنَها كما في المغصوبة، والحفظُ مستحقٌّ عليه تبعاً لا قصداً؛ ولهذا لا يقابله الأجر، وبخلاف ما إذا تلفَ بعمله؛ لأنّ العقدَ يقتضي سلامةَ المعقود عليه وهو العمل، فإذا لم يكن سليماً يضمن.

[٢]قوله: **كزلق الحمال**؛ لغز بدن وهي يقال: زلقت القدم زلقاً، من باب تعب: لم يثبت حتى سقطَ صاحبها، ويتعدَّى بالألفِ والتشديد، فيقال: أزلقته وزلقته فتزلّق. كذا في «المصباح»(١)، وهذا إذا لم يكن من مزاحمةِ الناس، فإنّ التلف الحاصل من زلقه حصل من تركِه التثبيتَ في المشي كما صرّحوا به.

[٣]قوله: **وشدّ المكاري**؛ أي انقطاعُ الحبلِ الذي يشد به المكاري الحمل؛ فإنَّ التلف الحاصلَ به حصلَ من تركه التوثيق في شدِّ الحبل وغرق السفينة من مدّ الملاح إيّاها، فلو غرقت من موج أو ريح أو صدم جبل أو نحوه لا تضمن. صرَّحَ به القُهُسْتَانِي(٢).

---

(١) «المصباح المنير»(١ : ٣٨٨).

(٢) في «جامع الرموز»(٢ : ٧٧).

هذا عندنا[1]، وعند زفرَ والشَّافعي(١) ﷺ[2] لا يضمن؛ لأَنَّه يعملُ بإذنِ المالك.

ولنا[3]: أنّ المأمورَ به العملُ الصالح.

أقول(٢): ينبغي[4] أن يكونَ المرادُ بقوله: ما تلفَ بعملِه عملاً جاوزَ فيه القدرَ المعتادَ على ما يأتي في الحجَّام، أو عملاً لا يعتادُ فيه المقدار المعلوم.

[١]قوله: هذا عندنا؛ وبه قال مالك وأحمد والشافعي ﷺ في قول، وروي عن عمر، وعليّ، وعبيد الله بن عتبة، وشريح، والحسن، والحكم ﷺ.

[٢]قوله: وعند زفر والشافعي ﷺ؛ في قول، ورواية عن عطاء وطاوس ﷺ لا يضمنُ في هذه الصور؛ لأنّ صاحبَ المتاع أمرَه بالفعلِ مطلقاً بأن استأجره ليدقَّ الثوب ولم يزدْ على ذلك ما يدلُّ على السلامة، فهذا الأمر ينتظمُ المعيبَ والسليم، فلا يكون مضموناً كعين الدقاق والأجيرِ الخاصّ.

[٣]قوله: ولنا إنّ...الخ؛ تقريره: إنّ التلفَ حصلَ بعمل غير مأذونٍ فيه؛ لأنَّ العملَ الداخل تحت الإذنِ هو الداخل تحت العقد، والداخلُ تحت العقد هو العمل المصلح لا المفسد؛ لأنّ العملَ المصلح هو الوسيلةُ إلى الأثر الحاصلِ في العين من فعله، وهو المعقود عليه حقيقةً، حتى لو حصلَ بفعل غيره يجب الأجر فلا يكون مأذوناً فيه بخلاف المعيَّن للدّقاق أو غيره، فإنّه متبرِّع، والمتبرّع لا يتقيّد بالعملِ المصلح؛ لئلا يمتنعُ الناس عن التبرُّع مخافة الغرامة.

[٤]قوله: أقول ينبغي...الخ؛ قال صاحب «المنح»: قد وقعَ في «العمادية» ما يخالف ما يبحثُهُ صدر الشريعة ﷺ حيث قال: وإن ملكَ بفعله بأن تخرّق بدقّه أو عصره، يضمن عند علمائنا الثلاثة ﷺ بخلاف البزّاغ والفصّاد والحجّام. انتهى.

يعني فإنَّ البزَّاغَ ونحوه لا يضمنُ ما هلكَ بفعله إذا لم يجاوز المعتاد، ومفاده: إنّ الأجيرَ المشتركَ يضمنُ ما هلكَ بفعلِهِ جاوزَ المعتادَ أم لا. انتهى ما في «المنح».

---

(١) ينظر: «النكت»(ص٥٦٠)، وغيرها.

(٢) وقع في «رد المحتار»(٥: ٤٢) توفيق بين بحث الشارح ﷺ هذا وبين كلام صاحب «الكافي»، وغيره في هذا المقام.

....

....

وقوّى القُهُسْتَانِيّ ﷺ[١]: قول الشارح البارع ﷺ حيث قال: بل يضمنُ بعمله ما هلك من حيوان وغيره بعمله عملاً غير مأذونٍ فيه كالدقِّ المخرقِ للثوب كما في «المحيط» وغيره، فهو غيرُ معتاد بالضرورة؛ ولذا فسَّر المصنِّفُ العملَ به، فمن الباطل ما ظنَّ أنّه بطل تفسيرُ المصنِّف ﷺ بما في «الكافي»: إنّ قوّة الثوبِ ورقته مثلاً يعرف بالاجتهاد، فأمكن التقييدُ بالصلح. انتهى.

وقال العلامة الشاميّ في «رد المحتار»[٢]: ومقتضى كلامه أنّ كلَّ عملٍ متلفٍ يكون غيرَ معتادٍ، فلا يصحُّ تقييدُ صدرِ الشريعة ﷺ ما تلفَ بعمله لقوله: عملاً غير معتاد، ويبقى مخالفاً لما في «الكافي» المفيدُ أنّ العملَ المتلف قد يكون معتاداً، هذا والذي يظهرُ لي أنّه لا منافاةَ بين كلامهم، وأنّ الكلّ يقولون: إنّ المتلفَ للثوب غيرُ معتاد.

ولكن لَمَّا كان نحو الحجّام ضمانه مقيّدٌ بغير المعتاد دون المعتاد، أرادوا التنبيه على أنّ نحو القصّار غير مقيَّد بهذا القيد؛ ليفيدوا الفرقَ بينهما، ولكنَّ الخروجَ عن المعتاد في نحو الثوب لا يظهر لنا إلا بالإتلاف، فحيث كان متلفاً علمَ أنّه غير معتاد، فيضمنُ لتقصيره.

فإنّ الماهرَ في صنعِهِ يدركُ المتلفَ بخلاف نحو الحجّامُ، فإنّ بعمله محلاً مخصوصاً، فإذا لم يجاوزه لا يضمن، فإنّه لا يمكنُ إدراكه بمهارته، فأنيطَ الضمان على مجاوزته المحلّ المخصوص.

فظهرَ بهذا أنّ كلَّ متلف في عملِ نحو القصّار خارجٌ عن المعتاد يدلُّ عليه ما في «البدائع»، وهو أنّه يمكنه التحرّزُ بالاجتهاد بالنظرِ في آلة الدقّ ومحله، وإرسالُ المدقّة على المحلّ على قدر ما يحتمله مع الحذاقة في العمل، وعند مراعاة هذه الشرائط لا يحصلُ الفساد، فلمّا حصل دلَّ على أنّه مقصّر، وهو في حقوق العباد ليس بعذر. انتهى.

فعُلِمَ أنّه لا فرقَ بين الكلامين، وإن كان في التعبير مسامحة فافهم. انتهى ما في «رد المحتار»[٣]، والله أعلم بحقيقة الأسرار.

---

(١) في «جامع الرموز»(٢ : ٧٧).

(٢) «رد المحتار»(٥ : ٤٢).

(٣) «رد المحتار»(٥ : ٤٢).

ولا يضمنُ به آدمياً غَرِق، أو سقطَ من دابّة، ولا حجّام، أو بزّاغ، أو فصّادٌ لم يجاوز

(**ولا يضمنُ به آدمياً غَرِق، أو سقطَ من دابّة**)[١]: أي آدمياً غَرِقَ بسببِ مدِّ السَّفينة، أو سقطَ من الدَّابةِ بسببِ شدِّ المكارى؛ لأنَّ الآدميّ[٢] غيرُ مضمونٍ بالعقد، بل بالجناية، وضمانُ العقودِ لا يتحمَّلُهُ العاقلة، (**ولا حجّام، أو بزّاغ**[٣](١)**، أو فصّادٌ لم يجاوز**

[١]قوله: **أو سقطَ من دابّة**؛ قيل: إنَّما عدمُ الضمان حال السقوط إذا كان هو مّمن يستمسكُ على الدابّةِ ويركبُ وحده، وإلا فهو كالمتاع، والصحيحُ أنّه لا فرق، وكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف ﷺ في الوضع. كذا ذكره التُّمُرْتَاشِيُّ ﷺ.

ولا يقال: إنّ ضمان بني آدم يجب بالتسبيب، وقد وجد؛ لأنَّ المسبّب إنّما يضمن إذا تعدّى، وكلامنا فيما إذا لم يوجد التعدّي. كذا في «الكفاية»(٢).

[٢]قوله: **لأنّ الآدميّ**...الخ؛ أي لأنَّ الآدميّ لا يجبُ ضمانُهُ بالعقد، بل يجب بالجناية، وما يجب بها يجب على العاقلة، والعاقلةُ لا تتحملُ ضمان العقود؛ لأنَّ العاقلةَ إنّما يدفعون الدِّيَةَ باعتبار تركِ الحفظ، ولا يجبُ عليهم الحفظُ من العقود، فإذا كان كذلك لا تتحمّل ضمان العقود، وهذا ليس بجناية؛ لكونه مأذوناً فيه.

[٣]قوله: **ولا حجّام أو بزّاغ**...الخ؛ أي ولا يضمنُ حجّام أو بزّاغ أو فصّاد لم يجاوز المعتاد؛ لأنّه التزمَه بالعقد فصار واجباً عليه، والفعلُ الواجب لا يجامعه الضمان، كما إذا حدَّ القاضي أو عزّر ومات المضروب بذلك، إلا إذا كان يمكنُهُ التحرُّزُ عنه كدقِّ الثوب ونحوه ممّا ذكرنا من قبل؛ لأنَّ قوّة الثوبِ ورقّته يعرفُ به ما يتحمّله من الدقّ بالاجتهاد، فأمكنَ تقييده بالسليم منه.

بخلافِ الفصدِ ونحوه، فإنّه يبتنى على قوّة الطبائع وضعفها، ولا يعرفُ ذلك بنفسه، ولا ما يتحمّله من الجرح، فلا يمكنُ تقييده بالسليم، وهو غير الساري، فسقطَ اعتبارُهُ إلا إذا جاوزَ المعتادَ فيضمنُ الزائدَ كلّه إذا لم يهلك.

---

(١) بزّاغ: أي بيطار، هو خاص بالبهائم. ينظر: «رد المحتار»(٥: ٤٣).

(٢) «الكفاية»(٨: ٦٦ - ٦٧).

المعتاد، فإن انكسرَ دَنٌّ

المعتاد، فإن انكسرَ[1] دَنٌّ

وإن هلكَ يضمنُ نصفَ ديةِ النفس؛ لأنّها تلفت بمأذونٍ فيه، وغيرُ مأذونٍ فيه فيضمنُ بحسابه، وهو النصف، حتى أنّ الختّانَ لو قطعَ الحشفةَ وبرأ المقطوع تجبُ عليه ديةٌ كاملة؛ لأنَّ الزائدَ هو الحشفة، وهو عضوٌ كامل، فيجبُ عليه الديةُ كاملة، وإن ماتَ وجبَ عليه نصفُ الديةِ لما ذكرنا، وهي من أندرِ المسائلِ وأغربها، حيث تجبُ الأكثرِ بالبراء، وبالهلاكِ أقلّ. كذا في «التبيين»[1].

فإن قيل: هذا مخالفٌ لجميع مسائل الديات، فإنّه كلّما ازدادَ أثرُ جنايتها نقصَ ضمانه.

أجيب: بأنّ محمّداً ﷺ قال في «النوادر»: وإنّه لّما برئ كان عليه ضمانُ الحشفة، وهي عضوٌ مقصودٌ لا ثاني له في النفس، فيتقدَّر بدلُهُ ببدل النفسِ كما في قطع اللّسان، وأمّا إذا ماتَ فقد حصلَ تلفُ النفسِ بفعلين، أحدُهما مأذونٌ فيه وهو قطع الجلدة، والآخرُ غيرُ مأذونٍ فيه وهو قطعُ الحشفة، فكان ضامناً نصفَ بدلِ النفس.

فإن قيل: التنصيفُ في البدلِ يعتمد التساوي في السبب، وقد انتفى؛ لأنَّ قطعَ الحشفة أشدّ إفضاءً إلى التلف من قطع الجلدةِ لا محالة، فكان كقطعِ اليد مع حزّ الرقبة.

أجيبَ: بأنّ كلَّ واحدٍ يحتملُ أن يقعَ إتلافاً وأن لا يقع، والتفاوتُ غيرُ مضبوط، بخلاف الحزّ فإنّه لا يحتمل أن لا يقع إتلافاً. كذا في «العناية»[2].

[1]قوله: **فإن انكسر**...الخ؛ يعني فلو انكسر دنّ في طريق الفرات، فللمالك أن يضمن الحمّال قيمةَ ذلك الدنّ التي تقوَّمُ في مكانِ حمله، ولا أجرَ له، أو ضَمِنَ قيمته في مكانِ كسره، وللحمّال الأجرُ بحسابه.

وهذا إذا كان الكسرُ بصنعه بأن زَلِقَ أو عَثِر، وإن كان من غير صنعه بأن زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند الإمام؛ لأنَّ المتاع أمانة عنده، وعندهما يضمنُ قيمتَه في موضعِ انكسر؛ لأنّه سليمُ العملِ بإيصالهِ بملكه، فيعطيه أجره، ولا يخيَّر في هذه الصورة عندهما؛ لأنَّ العين مضمونةٌ على الأجيرِ المشترك عندهما. كما صرّحوا به.

---

(١) «تبيين الحقائق»(٥: ١٣٧).

(٢) «العناية»(٨: ٦٧ - ٦٨).

في طريقِ الفراتِ ضَمِنَ الحمَّالُ قيمتَهُ في مكانِ حَمْلِه بلا أجر، أو في موضعِ كُسِرَ مع حصّةِ أجره، الأجيرُ الخاصُّ

في طريقِ الفراتِ[١] ضَمِنَ الحمَّالُ قيمتَهُ في مكانِ حَمْلِه بلا أجر، أو في موضعِ كُسِرَ مع حصّةِ أجره)؛ لأنّه لَمّا وجبَ الضَّمانُ[٢] فله وجهان[٣]:

١. أحدُهما: أن يجعلَ فعلَه تعدّياً من الإبتداء، فإنّ الحملَ شيءٌ واحد.

٢. أو يجعلَ الأوّل بإذنِه، ثُمَّ صارَ تعدّياً عند الكسر فيختارُ أيّاً شاء.

(الأجيرُ الخاصُّ[٤]

[١]قوله: **في طريق الفرات**؛ ذكر الفرات للشهرة، فإنّ الدّنانَ تباعُ هناك، فذكره ليس بقيدِ احتراز.

[٢]قوله: **لأنّه لمّا وجبَ الضمان**؛ ووجه: وجوبِ الضمان: أنّه تلفَ بفعله، فإنّ الداخل تحت العقدِ إنّما هو عملٌ سليم، والعملُ المفسدُ غيرُ داخلٍ تحته فيضمن.

[٣]قوله: **فله وجهان**؛ تقرير وجهُ الخيار: إنّ الدنَّ إذا انكسرَ في الطريق، والحالُ أنّ الحملَ شيءٌ واحدٌ حكماً، إذ الحملُ المستحقُّ بالعقدِ ما ينتفعُ به، وهو أن يجعلَه محمولاً إلى موضع عيَّنَه، فظهر أنّ الإنكسارَ وقعَ تعدّياً من الابتداء، فيكون انكسارُه في الطريق كانكساره ابتداءً.

وله وجهٌ آخر: وهو أنّ ابتداءَ الحمل حصل بأمره، فلم يكن تعدّياً، وإنّما صارَ تعدّياً عند الكسر، ولَمَّا كان جهةُ الضمانِ دائرةً بين الأمرين فيميلُ إلى أيِّهما شاء، فإن مالَ إلى كونِهِ متعدّياً ضمنَ قيمته في الابتداء، ولا يجبُ الأجر؛ لأنّه تبيَّنَ أنّه كان متعدّياً من الابتداء، وإن مالَ إلى كونِهِ مأذوناً فيه في الابتداء، وإنّما صار متعدّياً عند الكسر، ضَمَّنَه قيمته في موضعِ الكسر وأعطاه أجرته بحسابه.

[٤]قوله: **الأجيرُ الخاصّ**؛ قال في «تنوير الأبصار»(١): هو مَن يعملُ لواحدٍ عملاً مؤقّتاً بالتخصيص. انتهى. وقال الحَمَويّ: عرَّفه بعضُ المتأخّرين بأنه مَن يعملُ لواحد أو ما في حكمه عملاً مؤقّتاً بالتخصيص، وإنّما قال: أو ما في حكمه؛ لئلا يَرِدَ عليه ما لو استأجرَ اثنان أو ثلاثة عبداً لخدمتهم مدّة أو لرعي غنمهم، فإنّ الظاهرَ أنّه أجير خاصّ.

---

(١) «التنوير»(ص١٩٠).

يستحقُّ الأجرَ بتسليمِ نفسِهِ مدَّتَه، وإن لم يعملْ كالأجيرِ للخدمةِ سنة

يستحقُّ[1] الأجرَ بتسليمِ نفسِهِ مدَّتَه، وإن لم يعملْ[2] كالأجيرِ للخدمةِ[3] سنة

بل صرَّح به في «البزَّازيّة»، فإنّه قال: وأجيرُ الواحدِ قد يكون لرجلين، بأن استأجرَ رجلاً ليرعى أغنامهما، ثمَّ نقلَ عن المقدسيّ أنّهم إذا استأجروا واحداً أو أزيد لرعي غنمهم مشتركة أو مجموعةً بعقدٍ واحد على أن لا يعملَ لغيرهم كان خاصّاً، وإن جوَّزوا له عمله لغيرهم، فمشترك. انتهى مختصراً. وقد مرَّ تحقيقُهُ فتذكَّر.

[1]قوله: **يستحقّ**... الخ؛ يعني إنّ الأجيرَ الخاصّ يستحقُّ الأجرةَ بتسليمِ نفسه للعمل في مدَّةِ الإجارةِ سواء عملَ أو لم يعمل، كمَن استؤجر سنة للخدمةِ أو لرعي الغنم، ويسمّى ذلك الأجير الخاصّ أجير وحد؛ لأنّه يختصُّ به الواحد، وهو المستأجرُ، وليس له أن يعملَ لغيره؛ لأنَّ منافعَه صارت مستحقّةً له، والأجرُ مقابلٌ بها، ولمّا كان الأجرُ مقابلاً بالمنافع يبقى الأجرُ مستحقّاً، وإن نقض العمل.

بخلاف الأجير المشترك، فإنّه روي عن محمّد ﷺ في خيَّاطٍ خاطَ ثوبَ رجل بأجرٍ ففتقه رجل قبل أن يقبضَ ربُّ الثوبِ فلا أجرَ للخيّاط؛ لأنه لم يُسَلِّم العملَ إلى ربِّ الثوب، ولا يجبرُ الخيّاط على إعادةِ العمل؛ لأنّه لو أجبرَ عليه إنّما يجبرُ بحكم العقدِ الذي جرى بينهما، وذلك العقد قد انتهى بتمامِ العمل، وإن كان الخيّاطُ هو الذي فتقَ فعليه إعادةُ العمل؛ لأنّه نقضَ عملَه فصار كأن لم يخط، بخلاف الأجنبيّ فإنّه إذا فتقه لم يمكن أن يجعلَ كأنّ الخيَّاط لم يعمل أصلاً(1).

[2]قوله: **وإن لم يعمل**؛ أي سلَّم نفسه ولم يعمل مع التَمكُّن أمّا إذا امتنعَ من العمل ومضت المدّة أو لم يتمكّن من العملِ لعذر، ومضت المدَّة لم يستحقّ الأجر؛ لأنّه لم يوجد تسليمُ النفس. كذا في «الكفاية»(2)؛ ولذا قال العَيْنِي(3): فيستحقُّه ما لم يمنعه من العملِ مانع، كالمرض والمطر ونحو ذلك ممّا يمنعُ التمكّن من العمل. انتهى.

[3]قوله: **كالأجير للخدمة**...الخ؛ قال في «الدرر»(4): اعلم أنّ الأجيرَ للخدمةِ أو

---

(1) ينظر: «الكفاية»(٨: ٦٩).

(2) «الكفاية»(٨: ٦٨).

(3) في «رمز الحقائق»(٢: ٢٠١).

(4) «درر الحكام»(٢: ٢٣٦ - ٢٣٧).

أو لرعي الغنم، وسمّي أجيرَ وحد.

أو لرعي الغنم، وسمّي أجيرَ وحد[١])؛ لأنّه لا يعملُ لغيرِه

لرعي الغنم إنّما يكون أجيراً خاصّاً إذا شرطَ عليه أن لا يخدمَ غيره أو لا يرعى لغيره أو ذكرَ المدّة أولاً نحو: أن يستأجرَ راعياً شهراً ليرعى له غنماً مسمّاةً بأجرٍ معلوم، فإنّه أجيرٌ خاصٌ بأوّل الكلام.

أقول: سرُّهُ أنّه أوقعَ الكلامَ على المدَّةِ في أوّله فتكون منافعُهُ للمستأجرِ في تلك المدّة، فيمتنعُ أن تكون لغيره فيها أيضاً، وقوله: بعد ذلك لرعي الغنم؛ يحتملُ أن يكون لإيقاعِ العقدِ على العمل، فيصير أجيراً مشتركاً؛ لأنّه مَن يقعُ عقدُهُ على العمل وأن يكون لبيانِ نوعِ العمل الواجب على الأجيرِ الخاصّ في المدَّة.

فإنّ الإجارةَ على المدَّةِ لا تصحُّ في الأجيرِ الخاصّ ما لم يبيِّن نوعَ العمل، بأن يقول: استأجرتك شهراً للخدمة وللحصاد، فلا يتغيَّرُ حكم الأوّل بالاحتمال، فيبقى أجير وحد ما لم ينصّ على خلافه بأن يقول: على أن ترعى غنمَ غيري مع غنمي، وهذا ظاهرز

أو أخّرَ المدّة بأن استأجرَه ليرعى غنماً مسمّاةً له بأجرٍ معلوم شهراً، فحينئذٍ يكون أجيراً مشتركاً بأوّل الكلام؛ لايقاعِ العقدِ على العمل في أوّله، وقوله: شهراً في آخر الكلام؛ يحتملُ أن يكون لإيقاعِ العقدِ على المدّة فيصيرُ أجير وحد، ويحتمل أن يكون التقديرُ العمل الذي وقع العقد عليه، فلا يتغيَّرُ أوّل كلامه بالاحتمالِ ما لم يكن بخلافه. انتهى.

[١]قوله: **وسمّي أجير وحد**؛ قال في «المغرب»[١]: أجيرُ الوحد على الإضافةِ خلاف الأجير المشترك فيه، من الوحد بمعنى الوحيد، ومعناه أجيرُ المستأجر الواحد، وفي معناه الأجير الخاصّ، ولو حرّك الحاء يصحّ؛ لأنّه يقال: رجل وحد، بفتحتين؛ أي منفرد. انتهى.

وقيل: الوحد مصدر بمعنى التوحيد، والمعنى عامل التوحيد، والإضافة لأدنى ملابسة؛ أي المتوحّد في العمل. كذا في «حاشية الطَّحْطَاوي على الدرّ المختار»[٢].

---

(١) «المغرب»(ص٤٧٩).

(٢) «حاشية الطحطاوي»(٤ : ٣٨).

ولا يضمنُ ما تلفَ في يدِه أو بعملِه.

(ولا يضمنُ[١] ما تلفَ في يدِه أو بعملِه.

[١]قوله: ولا يضمن...الخ؛ يعني ولا يضمنُ الأجيرُ الخاصّ ما تلفَ في يده بأن سرقَ منه أو غصب، ولا ما تلفَ من عمله بأن تخرّق الثوب أو انفسد الطبيخ أو احترق الخبز، ونحو ذلك، وهذا إذا لم يتعمّد الفساد.

أمّا إذا تعمّد ذلك فضمنَ كالمودع إذا تعدّى. كما صرّحوا به، أمّا عدم وجوبِ الضمان فيما تلفَ في يده؛ فلأنّ العينَ أمانةٌ في يده؛ لأنّه قبضها بإذن المستأجر، وهذا ظاهرٌ عند الإمام، وكذا عندهما؛ لأنّ تضمينَ الأجيرِ المشتركِ نوعُ استحسانٍ صيانةً لأموالِ النّاس، فإنّه يتقبّل أعياناً كثيرةً رغبةً في كثرةِ الأجرة، وقد يعجزُ عن قضاء حقّ الحفظِ فيهما فيضمنُ حتى لا يقصّرُ في حفظها، ولا يأخذ إلا ما يقدرُ على حفظه.

وأجيرُ الوحد لا يتقبّل العمل من غيره بل يُسَلِّم نفسه، فتكون السلامةُ غالبة، فيؤخذُ فيه بالقياس، وأمّا عدمُ جوب الضمان فيما تلفَ من عمله؛ فلأنّ المنافع متى صارت مملوكةً للمستأجرِ بتسليم النفس صح تصرُّفُه فيها، والأمرُ بالتصرُّف فيها، فإذا أمره بالتصرُّفِ في ملكه صحّ.

ويصيرُ المأمور: أي الأجيرُ نائباً منابه، فصار فعلُهُ منقولاً إليه، كأنه فعلَه بنفسه؛ فلذا لا يضمن، على أنّ البدلَ ليس بمقابلة العمل، بدليل أنّه يستحقُّ الأجرَ وإن لم يعمل كما عرفت؛ وهذا لأنّ المبيع منفعة، وهي سليمة، وإنّما الخرقُ في العمل الذي هو تسليمُ المنفعة؛ وذلك غيرُ معقودٍ عليه، فإذا لم يكن مضموناً عليه، فلا يشترطُ فيه سلامتُه، فلا يتضمن ما تلف به.

[فصل الإجارة على أحد الشرطين]

وصحَّ ترديدُ الأجرِ بالتَّرديد في خياطةِ الثَّوبِ فارسيّاً أو روميّاً

[فصل الإجارة على أحد الشرطين]

وصحَّ ترديدُ الأجرِ[1] بالتَّرديد في خياطةِ الثَّوبِ فارسيّاً[2] أو روميّاً[3]

[1]قوله: **صحّ ترديد الأجر**...الخ؛ يعني صحّ جعل الأجر متردّداً بين التسميتين، بسبب الترديد بين نوعيّ عمل، كأن يقول: إن خطته روميّاً فبدرهم، وإن خطته فارسيّاً فبدرهمين، أو يقول: إن صبغتَه بعصفرٍ فبدرهم، وإن خطته بزعفران فبدرهمين، أو بيَّن إسكان البيت عطّاراً وحدّاداً بأن يقول: إن أسكنتُ في هذا البيت عطاراً فبدرهم، وإن أسكنت فيه حدّاداً فبدرهمين.

أو بيَّن مسافتين بأن يقول: إن حملتُ الدّابة إلى كوفة فبدرهم، وإن حملتَها إلى واسطة فبدرهمين، أو بيَّنَ دارين بأن يقول: إن سكنت هذه الدارَ شهراً فبدرهم، وإن سكنت الأخرى شهراً فبدرهمين، أو بيَّنَ حملين بأن يقول: إن حملت على هذه الدّابّة إلى كذا كرّاً من بُرٍّ فبعشرة دراهم، وإن حملت عليها إلى كذا كُرّاً من شعيرٍ فبدرهمين، وأيُّهما وجدَ لَزِمَ ما سمّى له.

وقال مالك والشَّافِعِيُّ والثوريُّ وأبو ثورٍ وإسحاق ﷺ: لا يصحُّ العقد، ويجبُ أجرُ المثل إذا عمل، وهو القياس؛ لأنّه عقدُ معاوضةٍ يتعيّن فيه العوض ولا المعوض، فلم يصحّ، كما لو قال: بعتك بدرهم أو هذا بدرهمين.

وجه الاستحسان: إنّ الإجارةَ يجبُ فيها الأجر بالعمل، وعند العمل ما يلزمُ من البدل معلوم، فلا تبقى جهالة لا في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف البيع، فإنّ الثمنَ فيه يجب بنفس العقد، فإذا لم يكن معلوماً عند العقد يفسد[1].

[2]قوله: **أو فارسيّاً**؛ أي خيطاً فارسياً، بمعنى خياطة فارسية، أي منسوبةٌ إلى صنعة فارس، وهي التي تكون الخياطةُ فيها غرزة غرزة، ذكره العَيْنِيُّ في «البناية»[2].

[3]قوله: **روميّاً**؛ أي خيطاً رومياً، بمعنى خياطة روميّة؛ أي منسوبة إلى صنعةِ

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٦٥).

(٢) «البناية»(٧: ٩٨٩).

وصبغِهِ بعصفر، أو زعفران، وفي إسكان البيتِ عطّاراً، أو حدَّاداً، وفي حمل الدابّة إلى الكوفة، أو واسط، أو في هذه الدار، أو في هذه، وفي حملِ كُرِّ بُرّ، أو شعيرٍ عليها ويجبُ أجرُ ما وَجَد

وصبغِهِ بعصفر[1]، أو زعفران، وفي إسكان البيتِ[2] عطّاراً، أو حدَّاداً، وفي حمل الدابّة إلى الكوفة، أو واسط، أو في هذه الدار، أو في هذه، وفي حملِ كُرِّ بُرّ، أو شعيرٍ عليها ويجبُ أجرُ ما وَجَد): أي قيل: إن خِطته فارسياً فبدرهم، وإن خِطته روميّاً

الروم وهي التي تكون الخياطةُ فيها غرزتين غرزتين(١).

[١]قوله: بعصفر؛ العصفرُ نبت معروف، وعصفرتُ الثوب: صبغتُه بالعصفر، فهو معصفَر، اسم مفعول. كذا في «المصباح»(٢)، وقال في «المنتخب»: عصفر بالضم: كَياهي ست معروف كه جامه بآن رنكَ كنندو تخم آنرا قرطم كَويند. انتهى. ويقال: في الهندية: كسم.

[٢]قوله: وفي إسكان البيت... الخ؛ هذا قول أبي حنيفةَ ﷺ، وعندهما: لا يجوزُ الإجارة، وعلى هذا الخلاف مسألة الحمل إلى كوفة أو إلى واسطة.

لهما: إنّ الأجرةَ والمنفعةَ مجهولان؛ لأنّ الأجرَ في الأجيرِ الخاصِّ يجبُ بالتسليمِ من غير عمل، ولا يدري أي العملين تقرّر، وأي التسميتين تجب وقت التسليم، بخلاف الخياطة الروميّة أو الفارسيّة؛ لأنَّ الأجرَ لا يجبُ فيه إلا بالعمل، وبه يرتفعُ الجهالة.

فالقاعدةُ لهما أن الأجرَ متى وجبَ بالتسليمِ لا يجوز أن يكون متردِّداً بين شيئين عند التسليم؛ لأنّه لا يدري أيّهما يجب، والإجارةُ تفسد.

ولأبي حنيفة ﷺ: إنّه خيَّرَه بين شيئين متقاربين وجعل لكلِّ واحدٍ منهما أجرةً معلومة، فوجبَ أن يجوزَ كما في مسألةِ الخياطةِ الروميّةِ أو الفارسيّة، والإجارةُ تعقدُ للانتفاع.

---

(١) ينظر: «البناية»(٧: ٩٨٩).

(٢) «المصباح المنير»(ص٤١٥).

....

فبدرهمين، وأجرتُك هذه الدَّارَ شهراً بدرهم، أو هذه الدَّار شهراً بدرهمين، وهكذا[١] إذا كان في ثلاثة أشياء، وفي أربعةِ أشياء[٢] لا كما في البيعِ غير أنَّه يشترطُ خيار التَّعيين في البيع دون الإجارة، لأنَّ في الإجارةِ الأجرة تجبُ بالعمل، وعند العملِ يتعيَّن بخلافِ البيع، فإنَّ الثَّمنَ يجبُ بنفسِ العقد والمبيعُ مجهولٌ.

فالظاهر أنّه يستوفي المنافع، وعند الاستيفاء يرتفعُ الجهالة، ولو احتيجَ إلى الإيجابِ بمجرَّدِ التسليمِ عند عدم الاستيفاءِ بعد التسليم يجب نصف كلّ واحدٍ من البدلين عند بعض المشايخ ﷺ، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، فيجعل التسليم بهما، والصحيح أنّه يجب أقلُّ البدلين؛ لأنّه لا يكون أكثر ضرراً من الانتفاعِ بأقلّهما ضرراً. ذكره الزَّيْلَعِيُّ في «شرح الكنز»(١).

[١]قوله: **وهكذا**...الخ؛ أي وهكذا الحكم وهو جوازُ العقدِ ووجوب أجر ما عملَ إذا كان الترديدُ في ثلاثة أشياء، كما إذا قال: إن خطته فارسيّاً فبدرهم، وإن خطته روميّاً فبدرهمين، وإن خطته تركيّاً فبثلاثة دراهم، أو قال: إن صبغته بعصفر فبدرهم، وإن صبغته بزعفران فبدرهمين، وإن صبغته بورث ونحوه فبثلاثة دراهم، وقس على هذا، فأيّ الأعمال عمل استحقّ الأجرُ المسمّى.

[٢]قوله: **وفي أربعة أشياء**...الخ؛ يعني إن كان الترديد في أربعةِ أشياء بأن قال: إن خطته فارسيّاً فبدرهم، وإن خطته روميّاً فبدرهمين، وإن خطته تركيّاً فبثلاثة دراهم، وإن خطته هنديّاً فبأربعةِ دراهم لا يصحّ العقد كما في البيع، فإنّه إذا باعَ أحد الثوبين على أن يأخذَ أيّهما شاء جاز.

وكذا إذا قال: بعتُ أحد هذه الأثوابَ الثلاثة على أن يأخذَ أيُّهما شاء، وإذا قال: بعتُ أحدَ هذه الأثواب الأربعة أو الخمسة فصاعداً على أن يأخذَ أيُّهما شاء لا يجوز.

والجامعُ في إلحاقِ الإجارةِ بالبيع في هذه الصور دفعُ الحاجة، فإنّها تندفع بالثلاثة؛ لاشتمالها على الجيِّد والوسطِ والرديء، ولا حاجةَ إلى الأربعةِ فصاعداً؛

---

(١) «رمز الحقائق»(٥: ١٤٠).

....

وذَكَرَ في «الهداية»[1] في مسألة العطّار، والحدّاد، وكُرِّ البُرِّ والشَّعير خلاف أبي يوسف رضي الله عنه، وفي الدّابة إلى كوفة، أو واسط

لاندفاعها بما دونها، إلا أنّه يشترطُ خيارُ التعيين في البيع، فإنّه إذا خيَّرَه بين ثوبين على أن يأخذَ أيُّهما شاء يكون للمشتري الخيار.

وكذا إذا خيَّرَه بين ثلاثةِ أثواب، ولا يشترط ذلك الخيار في الإجارة، فإنّ الأجرَ لا يجب إلا بالعمل، وعند ذلك يصيرُ المعقود عليه وهو العمل متعيّناً، وفي البيع يجبُ الثمن بنفس العقد، فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع بإثبات الخيار.

[1]قوله: **وذكر في «الهداية»**...الخ؛ قال في «الهداية»(1): ولو قال: إن أسكنتُ في هذا الدُّكان عطّاراً فبدرهم في شهر، وإن أسكنت حداداً فبدرهمين جاز، وأيُّ الأمرين فعل استحقَّ المسمَّى فيه عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه، وقالا: الإجارةُ فاسدة.

وكذا إذا استأجرَ بيتاً على أنّه إن سكنَ فيه فبدرهم، وإن أسكنَ فيه حدَّاداً فبدرهمين، فهو جائزٌ عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه، وقالا: لا يجوز.

ومَن استأجرَ دابّةً إلى الحيرة بدرهم، وإن جاوزَ بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز، ويحتملُ الخلاف، وإن استأجرها إلى الحيرةِ على أنّه إن حمل عليها كُرَّ شعير فبنصف درهم، وإن حمل عليها كُرَّ حنطة فبدرهم، فهو جائز في قول أبي حنيفةَ رضي الله عنه وقالا: لا يجوز.

وجه قولهما: إنَّ المعقودَ عليه مجهول، وكذا الأجرُ أحد الشيئين وهو مجهول، والجهالةُ توجب الفساد، بخلاف الخياطةِ الروميّة والفارسيّة؛ لأنَّ الأجرَ يجب بالعمل، وعنده يرتفعُ الجهالة، أمّا في هذه المسائل يجب الأجرُ بالتخلية والتسليم، فيبقى الجهالة، وهذا الحرفُ هو الأصلُ عندهما.

ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه إنّه خيَّره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصحّ، كما في مسألة الروميّة والفارسيّة؛ وهذا لأنّ سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحدّاد، ألا ترى أنّه لا يدخلُ ذلك في مطلقِ العقد، وكذا في أخواتها، والإجارةُ تعقدُ للانتفاع، وعنده يرتفعُ الجهالة، ولو احتيجَ إلى الإيجابِ بمجرَّد التسليمِ يجبُ أقلُّ الأجرين المتيقّن به. انتهى.

---

(1) «الهداية»(3: 247).

ولو رُدِّدَ في خياطتِهِ اليوم أو غداً، فله ما سمَّى إن خاطَه اليوم، وأجرُ مثلِهِ إن خاطَه غداً

احتمال الخلاف[١]، ومسألة الخياطة، والصَّبْغُ متفق عليهما(١).

(**ولو رُدِّدَ**[٢] **في خياطتِهِ اليوم أو غداً**): أي قال: إن خطَّته اليوم فبدرهم، وفي غدٍ بنصفِ درهم، (**فله ما سمَّى إن خاطَه اليوم، وأجرُ مثلِهِ إن خاطَه غداً**): هذا عند أبي حنيفة ﷺ، وعندهما الشَّرطان جائزان، وعند زُفَر ﷺ فاسدان، لأنَّ ذِكْرَ اليوم[٣] للتَّعجيل، وذِكْرَ الغد للتَّرفيه فيجتمعُ في كلِّ يوم تسمِّيتان

[١]قوله: **احتمال الخلاف**؛ ووجه الاحتمالُ ما ذكره صاحب «العناية»(٢) من أنّ هذه المسألة ذكرت في «الجامع الصغير» مطلقاً، فيحتمل أن يكون هذا قول الكلّ، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة ﷺ خاصّة كما في نظائرها. انتهى.

[٢]قوله: **ولو ردّد...**الخ؛ يعني ولو ردّد في خياطة الثوب بين التسميتين بالترديد بين الزمانين، بأن قال: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته في غدٍ فبنصف درهم، فإن خاطه اليوم فله درهم، وهو الأجرُ المسمّى، وإن خاطه غداً فله أجر مثله.

[٣]قوله: **لأنّ ذكر اليوم...**الخ؛ تقريره: إنّ الخياطةَ شيءٌ واحد؛ لأنّه استأجره على الخياطة مطلقاً، فالفعل غير مختلف، وإنما يختلف بالزمان، وقد ذكرَ بمقابلةِ الخياطة بدلان، على طريق البدليّة، فيكون البدلُ مجهولاً، فصار كأنّه قال: خطته بدرهم أو نصف درهم، وهو باطل، فكذا هذا.

والسرُّ فيه: إنّ ذكرَ اليوم للتعجيل لا للتوقيت، وإلاّ يلزمُ اجتماع العمل والوقت في الإجارة وهو مفسد. كما تقرَّر في موضعه.

فإذا كان ذكر اليوم للتعجيلِ كان الأجرُ مقابلاً بنفس الخياطة في اليوم، وذكرُ الغدِ للترفيه لا للإضافة والتعليق، ألا ترى أنّه لو أفردَ العقد في الغد، وقال: خطته غد بنصف درهم ثبت هذا العقد في اليوم، حتى لو خاطه اليوم استحقّ نصف درهم، فيجتمعُ في كلّ يوم تسميتان؛ لأنَّ المسمّى في الغدِ هو المسمّى في اليوم أيضاً، والمسمّى في اليوم هو المسمّى في الغد أيضاً.

---

(١) انتهى من «الهداية»(٣: ٢٤٧)، بتصرف.

(٢) «العناية»(٨: ٧٤).

ولا يجاوزُ به المسمَّى

لهما[١]: أنّ كلَّ واحدٍ مقصود، فصارَ كاختلاف النَّوعين.

وله[٢]: أن ذكرَ اليوم ليس للتَّوقيت؛ لأنَّ اجتماعَ الوقتِ والعملِ مُفْسِدٌ كما مرَّ ذكرُه، بل ذِكْرُهُ اليوم للتَّعجيل، وذِكْرُ الغدِ ليس للترفية بل ذكره للتعليق، فيجتمع في الغد تسميتان.

(ولا يجاوزُ به المسمَّى): أي أجرُ المثلِ إن كان زائداً على نصفِ درهمٍ لا

فإذا كان كلٌّ منهما مسمًّى في الوقتين فسدت الإجارة؛ لأنَّ ذكرَ البدلين بمقابلةِ مبدلٍ واحد مفسد، فصار نظير قوله: بعتُك حالاً بألفٍ ومؤجّلاً بألفين، والجوابُ عن هذا الاستدلالِ أنّ الجهالةَ تزولُ بوقوع العمل، فإنّ به يتعيَّنُ الأجرُ للزومه عند العمل. كما مرّ فتذكّر.

[١]قوله: لهما...الخ؛ هذا استدلالٌ على ما ذهبَ إليه أبو يوسفَ ومحمّد ﷺ، وتقريره: إنّ كلَّ واحدٍ من التعجيلِ والتأخيرِ مقصودٌ لأغراض، والمعقودُ عليه هو العمل، فصارَ كاختلافِ النوعين، كالخياطة الروميّة والفارسيّة.

وقد يستدلُّ عليه بأنّ ذكر اليوم للتوقيت، وذكرُ الغد للإضافة، فهذا حقيقة، واستعمالها للترفيه والتعجيل مجاز، والكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز، لا سيما إذا كان حمله على المجاز يؤدّي إلى الفساد، وكلُّ واحدٍ منهما معلوم، وبدلهما أيضاً معلوم، فصار كالخياطة الروميّة والفارسية(١).

[٢]قوله: وله...الخ؛ هذا استدلالٌ على ما ذهب إليه الإمام ﷺ.

وتحريره: إنَّ ذكر اليوم للتعجيل، وذكرُ الغد للتعليق، والإضافةُ والكلامُ بحقيقته حتى يقومَ الدليل على مجازه، وقد قام الدليلُ على المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل؛ لأنّ مرادَهما إرادةُ الصحّة وهو متعيِّنٌ في المجاز؛ لأنَّ تعيينَ العملِ مع التوقيت مفسد، فإنّ تعيينَ العملِ يوجبُ كونه أجيراً مشتركاً، وتعيين الوقت لا يوجبُ كونه أجيراً مشتركاً، وبينهما منافاة فلا يجتمعان فيفسد، فتعيَّنَ المجازُ كيلا يفسد، فحملناه على التعجيل.

---

(١) ينظر: «التبيين»(٥: ١٣٩).

....

يجبُ الزِّيادة، وفي «الجامع الصغير»: لا يزاد[1] على درهمٍ، ولا ينقصُ عن نصفِ درهم(1). لكن الصَّحيحَ هو الأوَّل[2]؛ لأنَّ المسمَّى في الغدِ نصفُ درهم، وفي الإجارةِ الفاسدةِ أجرُ المثلِ لا يزادُ على المسمَّى، وإن خاطَه في اليومِ الثَّالث، فأجرُ المثلِ لا يزادُ على نصفِ درهم.

وفي الغد لم يقم الدّليلُ على إرادة المجاز، وهو الترفيه، كما قام الدليلُ على إرادةِ الحقيقة، وهو الإضافةُ والتعليق، فتركناه على حقيقته، فإذا خاطَه اليوم وجبَ عليه الدرهم، فإن جاءَ الغدُ فسدَ لوجود تسميتين فيه؛ لأنَّ المعلّقَ يتركُ بمجيء الغد، والتسميةُ الأولى باقيةٌ، فيفسدُ لاجتماع تسميتين في عملٍ واحدٍ بخلاف الخياطةِ الروميّة والفارسيّة؛ لأنّه ليس لأحد العقدين موجبٌ في العمل الآخر، فكانا عقدين مختلفين، كلٌّ واحدٍ منهما ببدلٍ مسمّى على الانفراد معلوم فافترقا(2).

[1]قوله: لا يزاد...الخ؛ لأنَّ التسميةَ الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني، فيعتبرُ لمنع الزيادة، وتعتبر التسميةُ الثانيةُ لمنعِ النقصان. كذا في «الهداية»(3).

وأوردَ عليه: إنّ التسميةَ في الإجارةِ الفاسدةِ تمنعُ الزيادةَ عندنا، كما تقرَّرَ في موضعه، فلا تمنعُ النقصان أصلاً، بل يجب أجرُ المثل وإن نقصَ عن المسمَّى فما معنى أن يعتبرَ التسمية الثانية لمنع النقصان.

[2]قوله: **لكن الصحيح هو الأوّل**؛ وهذا على ما ذهبَ إليه الإمام، أمّا عندهما فالصحيحُ أنّه ينقض من نصف درهم، ولا يزاد عليه. صرَّح به العَيْنِي(4)، والزَّيْلَعِي(5)، وغيرهما.

---

(1) انتهى من «الجامع الصغير»(ص٤٤٣)، والعبارة فيها تقديم، وتأخير إذ عبارته: لا ينقص من نصف درهم، ولا يزاد على درهم.

(2) ينظر: «التبيين»(٥: ١٤٠).

(3) «الهداية»(٣: ٢٤٧).

(4) في «الرمز»(٢: ٢٠٢).

(5) في «التبيين»(٥: ١٤٠).

[فصل إجارة العبد]

ولا يسافرُ بعبدٍ مستأجرٍ للخدمةِ إلا بشرطِه، ولا يستردُّ مستأجرٌ أجرَ ما عملَ عبدٌ محجور

[فصل إجارة العبد]

(ولا يسافرُ بعبدٍ[1] **مستأجرٍ للخدمةِ إلا بشرطِه، ولا يستردُّ مستأجرٌ أجرَ ما عملَ عبدٌ محجور)**، أجّرَ عبدٌ محجورٌ نفسَه، فإن أعطاهُ المستأجرُ الأجرَ لا يستردُّه[2]

---

[1]قوله: **ولا يسافر بعبدٍ**...الخ؛ يعني مَن استأجرَ عبداً ليخدمَه فليس له أن يسافرَ به إلاّ أن يشترطَ ذلك السفر، حتى لو سافرَ به يضمنُ لمولاه؛ لأنّه صار غاصباً، ولو ردّه إلى مولاه سالماً لا أجرَ له عندنا. صرّح به العَيْنِيُّ(1)، وغيره.

ووجه امتناعِ السفر به في هذه الصورة أنّ مطلقَ العقد يتناولُ الخدمة في الحضر إذ هو الأعمّ الأغلب، وعليه عرف الناس، فانصرفَ إليه؛ لأنَّ المطلقَ يتقيَّدُ بمثلِ ذلك من المتعارف، فلا يكون للمستأجرِ أن ينقلَ ذلك العبد إلى خدمةِ السفر، إذ خدمةُ السفر اشتملت على زيادةِ مشقّة مفضيةٍ الى النِّزاع، فلا ينتظمها إطلاقُ العقد.

فصار كما لو استأجرَ فرساً للرُّكوبِ فليس له أن يركبَ غيرَه للتفاوت، وكذا لو استأجرَ داراً للسكنى فليس له أن يسكن فيه حداداً؛ لأنّه أضرّ ومطلق العقد لا يتناوله.

أمّا إذا شرطَ ذلك أو كان وقت الإجارةِ متهيئاً للسفر وعرف ذلك فيجوزُ له السفر به؛ لأنّ الشرط أملك عليك أم لك، والمعروف كالمشروط، بخلاف العبد الموصى بخدمته، فإنّ له أن يسافر به مطلقاً، سواء شرط السفر به أو لا؛ لأنَّ مؤنته عليه، ولم يوجد العرف في حقّه(2).

[2]قوله: **ولا يستردّه**...الخ؛ يعني مَن استأجرَ عبداً محجوراً عليه شهراً مثلاً، أو أعطاه الأجرَ بعد عمله فليس للمستأجرِ أن يستردَّ الأجر.

---

(1) في «رمز الحقائق»(2: 202).

(2) ينظر: «التبيين»(5: 140 - 141)، و«رد المحتار»(5: 45) وفيه بيان معنى: أملك عليك أو لك.

ولا يضمنُ آكلُ غلَّةِ عبدٍ غصبَهُ فَأَجَّرَ هو نفسَه

لأنَّ هذه الإجارةَ بعد الفراغِ صحيحةٌ استحساناً[1]؛ لأنَّ الفسادَ[2] لرعايةِ حقِّ المولى، فبعد الفراغِ رعاية حقِّه في الصحَّة ووجوبُ الأجرة.

(ولا يضمنُ آكلُ غلَّةِ عبدٍ غصبَهُ فَأَجَّرَ هو نفسَه)، رجلٌ غصبَ عبداً، فأجَّرَ العبدُ نفسَه، فأخذ الغاصبُ الأجرَ فأكلَه، فلا ضمانَ عند أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنَّ العبدَ[3] لا يحرزُ نفسه، فكذا ما في يده، فلا يكون متقوَّماً.

---

[1]قوله: استحساناً؛ القياس أن لا يجوزَ عقدُ الإجارة؛ لأنَّ عقدَ المحجورِ عليه لا يجوز لانعدامِ الإذن، وقيامِ الحجر، فيصيرُ المستأجرُ غاصباً بالاستعمال، ولا أجر على الغاصب.

[2]قوله: لأنَّ الفساد...الخ؛ تقرير الاستحسان: إنّ التصرّف نافعٌ على اعتبار فراغ العبد عن العمل سالماً، وضارٌّ على اعتبار هلاك العبد، والنافعُ مأذونٌ فيه فيجوزُ فيخرج الأجرة عن ملكه، فليس له أن يستردَّه.

والسرُّ فيه: إنّ العبدَ محجورٌ عن تصرُّفٍ يضرُّ بالمولى، لا عن تصرُّفٍ ينفعُه، ألا ترى أنّه يجوزُ للعبدِ أن يقبلَ الهبةَ من غير أن يأذنَه المولى؛ لأنّه نافعٌ في حقِّ المولى، فالإجارةُ إذا جازت بعدما سلم من العمل يحصلُ الأجرُ للمولى بغيرِ ضرر، ولو حكمَ بعد جوازها لضاعَ متاع العبد عليه مجّاناً، فتعيَّنَ القولُ بالجواز.

وإذا جازت الإجارةُ صحّ قبض العبد الأجرة؛ لأنّه هو العاقد، ومتى صحّ قبضُه لا يكون للمستأجر أن يستردَّه منه، بخلاف ما إذا هلكَ العبدُ في حالةِ الاستعمال، فإنّه يجبُ على المستأجرِ قيمته، وإذا ضمنَ صار مالكاً من وقت الاستعمال فيصيرُ مستوفياً منفعةَ عبد نفسه، فلا يجب عليه الأجر(1).

[3]قوله: لأنّ العبد...الخ؛ تقريره: إن الضمانَ لا يجبُ إلاّ بإتلاف مالٍ محرزٍ متقوِّم، وهذا ليس بمحرز؛ لأنّ الإحرازَ إنّما يثبتُ بيدِ حافظةٍ كيد المالك، أو بيدِ نائبه، ويدُ المالك لم يثبت عليه، ويد العبد ليست يد المولى؛ لأنّ العبدَ في يدِ الغاصب، وما في يدِه يكون في يدِ الغاصب تبعاً لنفسه.

---

(1) ينظر: «التبيين»(٥: ١٤١).

وصحَّ للعبد قَبْضُها، ويأخذها مولاه قائمةً

وقالا: يضمن؛ لأنَّهُ مالُ المولى[١].

(**وصحَّ للعبد**[٢] **قَبْضُها، ويأخذها مولاه قائمةً**)[٣]، هذا بالاتفاق؛ لأنَّ بعد الفراغِ يعتبرُ مأذوناً كما مرّ.

فلا يتصوَّر أن يكونَ محرزاً بحرزه، إذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب، فكيف يحرزُ ما في يده عنه، وما لم يقع في يد المولى حقيقةً أو حكماً بالاستنابة لا يكون معصوماً له، فإن اختلج في قلبك أنّ الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة ضمنَه، ولا إحراز فيه، فازحه بأنّه تابعٌ للأمّ؛ لكونه جزءاً منها، وهي محرزة، بخلافِ الأجر، فإنّه حصل من المنافع، وهي غير محرزة. هكذا قالوا(١).

[١]قوله: **لأنّه مالُ المولى**؛ فإنّ إجارةَ العبدِ نفسه جائزة على تقدير السلامة كما تقدم، وسلب العبد يكون للمولى؛ لأنّه تبع لرقبته، فيكون الغاصبُ متعدّياً بالأخذِ منه والإتلاف، فلا جرم أن يضمن(٢).

[٢]قوله: **وصحّ للعبد**...الخ؛ أي وجازَ للعبد قبض الأجرة في قولهم جميعاً؛ لأنّه مأذونٌ في التصرُّفِ على اعتبار الفراغ، كما تقدّم، فبعد الفراغِ رعايةُ حقِّه في الصحّة، فإنّ التصرُّفَ النَّافعَ مأذونٌ فيه، وهو العاقد، فترجعُ الحقوق إليه، فيكون له القبض.

وفائدته تظهرُ في خروجِ المستأجرِ عن عهدة الأجرة، فإنّه يحصلُ بالأداءِ إليه، وإنّما وضعَ المسألة فيما إذا أجرَ العبدُ المغصوبُ نفسَه؛ لأنّه إن أجره الغاصبُ كان له الأجر لا للمالك، ولا ضمان عليه بالاتّفاق، وإن أجره المولى فليس للعبدِ أن يقبض الأجرة إلاّ بوكالة المولى؛ لأنّه هو العاقد. كذا في «العناية»(٣)، وغيرها.

[٣]قوله: **ويأخذها مولاه قائمة**؛ يعني لو وجد مولى العبد ما في يد العبد من الأجرة قائمة أخذه؛ لأنّه وجد عين ماله، ولا يلزم من بطلان التقوّم بطلانُ الملك كما في المسروق بعد القطع، فإنه لم يبقَ متقوّماً حتى لا يضمنَ بالإتلاف، ويبقى الملكُ فيه حتى يأخذه المالك.

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ١٤١).

(٢) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ١٤١).

(٣) «العناية»(٨: ٧٩).

وصحّ للعبد قَبْضُها، ويأخذها مولاه قائمةً، ولو استأجر عبداً شهرين شهراً بأربعة، وشهراً بخمسةٍ صحّ والأوّلُ بأربعة. وحُكِّمَ الحال إن قال مستأجر العبد: مرضَ هو، أو أبق في أوّل المدّة

(**وصحّ للعبد قَبْضُها، ويأخذها مولاه قائمةً**)، هذا بالاتفاق؛ لأنَّ بعد الفراغِ يعتبرُ مأذوناً كما مرّ.

(**ولو استأجر**[1] **عبداً شهرين**[2] **شهراً بأربعة، وشهراً بخمسةٍ صحّ والأوّلُ بأربعة.**

وحُكِّمَ الحال[3] **إن قال مستأجر العبد: مرضَ هو، أو أبق في أوّل المدّة**،

[1]قوله: **ولو استأجر... الخ**؛ يعني لو استأجر رجلاً عبداً لشهرين شهراً بأربعة دراهم وشهراً بخمسة دراهم من غير تعيين منهما، صحّ العقد على الترتيب المذكور، فالأوّل من هذين الشهرين بأربعةِ دراهم، حتى لو عمل في الأوّل دون الثاني استحقّ أربعة دراهم، فإنّه لما قال: أوّلاً شهراً بأربعةٍ ينصرفُ إلى ما يلي العقد تحرّياً للجواز.

كما إذا قال: استاجرتُ منك هذا العبدَ شهراً، وسكت فإنّه ينصرفُ إلى ما يلي العقد، ونظراً إلى قضاءِ الحاجةِ في الحال، فإنّ الإنسانَ إنّما يستأجرُ الشيءَ لحاجةٍ تدعوه إلى ذلك، والظاهر وقوعها عند العقد، وإذا انصرفَ الأوّل إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرفُ إلى ما يلي الأوّل ضرورة.

[2]قوله: **عبداً شهرين**؛ وهذا أولى ممّا قال في «الهداية»(1): مَن استأجر عبداً هذين الشهرين. فإنّه محتاجٌ التأويل كما لا يخفى على مَن له إلى الحذاقةِ سبيل.

[3]قوله: **وحكم الحال**؛ صورةُ المسألة: إنّ رجلاً استأجرَ عبداً شهراً بدرهم، فقبضه في أوّل الشهرِ ثمّ جاءَ آخرَ الشهرِ والعبدُ مريض أو آبق، واختلفَ المستأجر والآجر في إباقِ العبد أو مرضه، فادّعى المستأجرُ وجودُ المرض أو الإباق في أوّل المدّة، وادّعى المولى وجوده قبل الإخبار بساعة، فجعل الحال حكماً بينهما.

فلو كان العبدُ مريضاً أو آبقاً في الحال فالقولُ للمستأجر؛ لأنّ الظاهرَ شاهدٌ له، فإنّ الإباقَ والمرضَ ظاهرٌ في الحال، وهو يدلُّ على ما مضى فكان عدم التمكّن من

(1) «الهداية»(3: 248).

وقال المؤجِّرُ في آخرها

وقال المؤجِّرُ في آخرها): أصلُ هذه المسألة الطَّاحونة، فإن المالكَ[1] إذا قال: ماءُ الطَّاحونة كان جارياً في المُدَّة، وقال المستأجر: لم يكنْ جارياً يُحْكَّمُ الحال.

الانتفاع فيما مضى ثابتاً ظاهراً، فالمؤجّر بقوله: ما أبق إلا في الحال، يدّعى أنّه كان متمكّن من الانتفاع، والمستأجرُ منكر، فكان القولُ قوله.

وإن كان صحيحاً في الحال أو غير آبق فالقول للمؤجّر؛ لأنّ التمكُّن منه ثابتٌ فيما مضى ظاهراً بدلالة الحال، فالمستأجرُ يدّعي فواتَ التمكُّن فيما مضى، والمؤجِّرُ منكرٌ له، فيكونُ القول قوله، والحال وإن لم يصلح حجةً عندنا يصلح مرجّحاً، إذ الترجيحُ إبداً إنّما يقعُ بما لا يصلح حجّة. كما قالوا، وهاهنا إشكالٌ ذكره الزَّيْلَعِيُّ في «التبيين»(١) مع تفصيل جوابه، فطالعه إن شئت.

[1]قوله: **فإنّ المالك**... الخ؛ توضيحُه: إنّ مستأجرَ الرَّحى إذا اختلفَ مع صاحب الرحى في جريانِ الماء في المدَّة، فإنّ القولَ قولُ مَن يشهد له الحال، فإن كان الماءُ منقطعاً وقت الخصومةِ فالقولُ للمستأجرِ فيما مضى، وإن كان جارياً فالقولُ لربِّ الرَّحى مع يمينه.

وإن اختلفا في قدرِ الانقطاع فقال المستأجر: عشرة أيام، وقال الآجر: خمسة أيّام، فالقولُ للمستأجر، والبيّنة للآجر، وهو يصلحُ مرجّحاً إن لم يصلح حجّة في نفسه إذ الترجيح أبداً إنّما يقع بما لا يصلح حجّة، وقد عرفَ في أصول الفقه. كذا في «الكفاية»(٢).

(١) «تبيين الحقائق»(٥: ١٤٢).

(٢) «الكفاية»(٨: ٨٠ - ٨١).

[فصل الاختلاف في الإجارة]

وصُدِّقَ ربُّ الثَّوبِ في: أمرتُك أن تعملَه قباء، أو تصبغَه أحمرَ لا أجيرٌ قال: أمرتَنِي بما عملت، وفي عملتَ لي مجَّاناً لا صانعٌ، قال: بل بأجر

[فصل الاختلاف في الإجارة]

(وصُدِّقَ[1] ربُّ الثَّوبِ في: أمرتُك أن تعملَه قباء، أو تصبغَه أحمرَ لا أجيرٌ قال: أمرتَنِي بما عملت)؛ لأنَّ الإذنَ مُسْتَفادٌ من ربِّ الثَّوب[2]، والمرادُ أن يُصَدَّقَ باليمين[3].

(وفي عملتَ[4] لي مجَّاناً لا صانعٌ، قال: بل بأجر)؛ لأنَّ المالكَ[5] ينكرُ تقوُّمَ

---

[1] قوله: وصدّق...الخ؛ يعني إذا وقعَ الاختلافُ بين الخيّاط ومالكِ الثوب، فقال مالك الثوب: أمرتك أن تعمله قباء، وقال الخيّاط: أمرتني أن أعمله قميصاً، أو قال مالك الثوب للصبّاغ: أمرتك أن تصبغه أحمر، وقال الصبّاغ: أمرتني أن أصبغه أخضر، فصدّق مالك الثوب، ويكون القول قوله.

[2] قوله: لأنّ الإذن مستفادٌ من ربِّ الثوب؛ ألا ترى أنّه لو أنكرَ أصلَ العقدِ بأن قال: كان ذلك وديعة، كان القول قول ربِّ الثوب، فكذا إذا أنكر صفته.

[3] قوله: والمراد أن يصدقَ باليمين؛ لأنّه أنكرَ شيئاً لو أقرَّ به لزمه ذلك الشيء، فإذا أنكرَه يحلف فإذا حلفَ فالخيّاط ضامن، وصاحبُ الثوب مخيَّر إن شاء ضمّنه قيمة الثوب غير معمول فلا أجرَ له، أو قيمته معمولاً فله أجرُ مثله لا يجاوزُ به المسمّى؛ لأنّه موافقٌ من وجه وهو أصلُ العمل، مخالفٌ من وجه وهو الصفة، فيميلُ إلى أيّهما شاء. كذا في «التبيين»(1)، وغيره.

[4] قوله: وفي عملت...الخ؛ يعني إذا اختلفَ المستأجرُ ومالكُ الثوب في الأجرة، فقال مالك الثوب: عملته لي بغير أجر، وقال الصانع عملتُه لك بأجر، فالقولُ يكون لمالك الثوب لا للصانع.

[5] قوله: لأنّ المالك...الخ؛ لأنّ العمل يتقوَّم بالعقد، ولا عقد هاهنا حيث ادّعى العمل بغير أجر، ودعوى العمل بغير أجرِ إعانة، والإعانة تبرُّع. كذا في «الكفاية»(2).

---

(1) «تبيين الحقائق»(5: 143).

(2) «الكفاية»(8: 82).

....

عملِ الصَّانع، وعند أبي يوسفَ ﷺ: إن كان الصَّانعُ معامِلاً له[1] يجبُ الأجر، وعند محمَّد ﷺ إن كان معروفاً[2] بهذه الصنعة بالأجر يجب الأجر والقول له(1).

وأبو حنيفةَ ﷺ يقول[3]: الظَّاهرُ لا يصلحُ حجَّةً لاستحقاق الأجر.

[1]قوله: إن كان الصانعُ معاملاً له؛ بأن كان يدفع إليه شيئاً للعمل، ويقاطعُه عليه فله الأجرة، وإلا فلا؛ لأنّ ما تقدَّم منهما من المقاطعةِ يدلُّ على أنّه يعمله بأجر، فقامَ ذلك مقامَ الاشتراط؛ لأنّ العادةَ قد جرت بالدفعِ للعمل إلاّ من يخالطه من غير تسمية الأجرة للعلم به. كذا في «التبيين»(2).

[2]قوله: إن كان معروفاً...الخ؛ فإنّه لّما فتح الدكان لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر. كذا في «الهداية»(3).

[3]قوله: يقول...الخ؛ أي في الجواب عمّا ذكر أنّ الظاهر لا يصلح حجّة لاستحقاق الأجر، إذ الظاهر إنّما يصلحُ للدَّفع عن نفسه، والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق؛ لأنّ الأجيرَ يدّعي استحقاقَ الأجر، وقال الزَّيْلَعِيّ(4): والفتوى على قول محمّد ﷺ. انتهى.

(1) في «التبيين»(5: 143)، و«التنوير»(ص190)، وغيرهما: الفتوى على قول محمّد ﷺ.

(2) «تبيين الحقائق»(5: 143).

(3) «الهداية»(3: 249).

(4) في «تبيين الحقائق»(5: 143).

باب فسخ الإجارة

هي تفسخُ بعيبٍ فوتَ النَّفع

باب فسخ الإجارة[1]

(هي تفسخُ بعيبٍ[2] فوتَ النَّفع[3]:

[1]قوله: **باب فسخ الإجارة**؛ وجه تأخير هذا الباب ظاهر؛ لأنّ فسخَ العقدِ إنّما يكون بعد وجود العقد فناسب ذكره آخراً.

[2]قوله: **هي تفسخ بعيب** ... الخ؛ لأنّ المعقود عليه في باب الإجارةِ المنافع، وهي توجد شيئاً فشيئاً، فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبضِ بالنسبةِ إلى المنافع الآتية، فيوجب الخيار كما إذا حدثَ العيب في المبيع قبل القبض، ثم إذا استوفى المستأجر المنفعةَ مع العيب فقد رضي بالعيب، فيلزمه جميعُ البدل، كما في البيع.

فإن فعل المؤجِّر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر؛ لأنّ الموجب للردّ قد زال قبل الفسخ، والعقد يتجدّد ساعة فساعة، فلم يوجد فيما يأتي بعده، فسقط خياره. صرَّحَ به الزَّيْلَعِيُّ، وغيره.

وفيه إشارةٌ إلى أن الإجارةَ لا تنفسخ بالعيب كما نبّه عليه الشارح ﷺ، وهو قول عامّة المشايخ، وقيل: تنفسخ، والأصحّ هو الأوّل كما سيأتي بعد سطور عديدة، وإلى أنّه لا يشترط فيه القضاء والرضاء فينفرد به المستأجر ولو بعد القبض. صرَّحَ به في «الفصول العمادية»، وإلى أنّه لا يشترط في هذا الفسخ حضورُ المالك. صرَّحَ به في «المضمرات».

[3]قوله: **فوت النفع**؛ الأصلُ فيه: إنّ العيبَ إذا حدثَ بالعين المستأجرة فإن أثَّرَ في المنافع يثبتُ الخيارُ للمستأجر، كالعبد إذا مرض، والدارُ إذا انهدم بعضُها؛ لأنّ كلَّ جزءٍ من المنفعة كالمعقود عليه، فحدوثُ عيبٍ قبل القبض يوجبُ الخيار.

وإن لم يؤثِّر في المنافع فلا، كالعبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه أو سقط شعره، وكالدار إذا سقط منها حائط لا ينتفعُ به في سكناها؛ لأنّ العقد ورد على المنفعة دون العين، وهذا النقص حصل بالعين، وإنّ المنفعةَ والنقصَ بغيرِ المعقود عليه لا يثبت الخيار. ذكره العلامةُ الشاميُّ في «ردِّ المحتار»(1)، نقلاً عن الإِتْقَانِيّ.

---

(1) «رد المحتار»(5: 48).

كخرابِ الدّار، وانقطاعِ ماءِ الأرض، والرّحى، أو أخلَّ به

كخرابِ الدّار[١]، وانقطاعِ ماءِ الأرض[٢]، والرّحى[٣]، أو أخلَّ به[٤]

[١]قوله: **كخراب الدار**؛ خراب ويران شدن. كذا في «الصراح»، يقال: خرب المَنْزل فهو خراب، ويتعدَّى بالهمزة والتضعيف، فيقال: أخربته وخرَّبتُه. كذا في «المصباح»(١).

[٢]قوله: **ماءُ الأرض**؛ وكذا لو كانت تسقى بماء السماء فانقطعَ المطر فلا أجر، وإن لم تنفسخ على الأصح. ذكره في «الدرّ المختار»(٢).

[٣]قوله: **والرحى**؛ فلو لم يفسخ حتى عاد الماء لزمت، ويرفع عنه من الأجر بحسابه قبل حساب أيّام الانقطاع، وقيل: بقصد حصّة ما انقطعَ من الماء، والأوّلُ أصحّ؛ لأنّ ظاهرَ الروايةِ يشهدُ له.

فإنه قال في «الأصل»: الماء إذا انقطع الشهر كلّه ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر فلا أجر عليه في ذلك، ولو كانت منفعةُ السُّكنى معقوداً عليها مع منفعة الطحنِ وجبَ بقدر ما يخصّ منفعةُ السكنى. ذكره في «رد المحتار»(٣) نقلاً عن «التاتارخانية».

قال محمّد: لو نقصَ ماء الرحى إن كان النقصان فاحشاً فله حقُّ الفسخ وإلاّ فلا؛ لأنّ مدّةَ الإجارةِ لا تخلو عن نقصانٍ غير فاحشٍ غالباً، وتخلو عن نقصانٍ فاحش، قال القُدُوريُّ في «الشرح»: إذا صار يطحَنُ أقلّ من نصف طحنه فهو فاحش، ذكره الحَمَويّ نقلاً عن «الدراية».

وقال العلامةُ شيخنا الطَّحْطَاويُّ في «حاشيته على الدرّ المختار»(٤): ولا يخفاك أنّ النقصانَ غير الانقطاع، ونقل في «الهندية»: إنّه يثبتُ له حقّ الفسخ في طحن النصف، ولكن إذا استمر عليه وجب عليه الأجر كاملاً. انتهى.

[٤]قوله: **أو أخلّ به**؛ عطف على قوله: فوت: أي أخلّ ذلك العيب بالنفع:

---

(١) «المصباح»(ص١٦٦).

(٢) «الدر المختار»(٥: ٤٨).

(٣) «رد المحتار»(٥: ٤٨).

(٤) «حاشية الطحطاوي»(٤: ٤٣).

كمرضِ العبد، ودَبرِ الدَّابة، فلو انتفعَ بالمعيب، أو أزال المؤجِّرُ العيبَ سقطَ خياره

كمرضِ العبد[١]، **ودَبرِ الدَّابة**[٢])، إنَّما قال: تفسخ؛ لأنَّ العقدَ **لا ينفسخ**[٣]؛ **لإمكان**[٤] الانتفاعِ بوجهٍ آخر، لكنْ للمستأجر حقُّ الفسخ، (**فلو انتفعَ بالمعيب، أو أزال المؤجِّرُ العيبَ سقطَ خياره**)[٥]: أي خيارُ المستأجر.

يعني إن العيبَ لا يفوِّتُ النفع بالكليّة، بل يخلّ به بحيث ينتفع به في الجملة، فلو انهدمَ حائط من الدار أو أعور الغلام بلا إخلال، فالإجارةُ لم تفسخ. كما صرّحوا به.

[١]قوله: **كمرض العبد**؛ استأجرَ عبداً للخدمة، فمرضَ العبدُ، إن كان يعمل دون العمل الأوّل له خيار الردّ، فإن لم يرد وتمّت المدَّةُ عليه الأجر، وإن كان لا يقدر على العمل أصلاً لا يجبُ الأجر، وعلى قياس مسألة الرحى يجب أن يقال: إذا عمل أقلّ من نصف عمله له الردّ. كذا في «الفتاوى البَزَّازيّة».

[٢]قوله: **ودَبر الدابّة**؛ - بالفتح -: جرحُ ظهر الدابة وخفّها. ذكره الطَّحْطَاويّ(١) نقلاً عن ابن الأثير.

[٣]قوله: **لا ينفسخ**؛ وقال بعضُهم: ينفسخ؛ لأنّ المعقودَ عليه وهو المنافعُ المخصوصة قد فاتت قبل القبض، فصار كهلاك المبيع قبل القبض، وموتُ العبدِ المستأجر، وهذا ما اختارَه القُدُوريُّ وصاحبُ «التحفة» والعلامةُ الأقطع، لكنَّ عدم الانفساخِ أصحّ.

ووجهه ما ذكرَه الشارح ﷺ بقوله: لإمكان الانتفاعِ بوجه آخر، وأفتى به شمس الأئمّة السَّرَخْسِيّ وشيخ الإسلام ﷺ، وروى هشام عن محمّد ﷺ: إنّه لو استأجر بيتاً فانهدم ثمّ بناه الآجر فليس للمستأجر أن يمتنعَ من القبض، ولا للآجر. انتهى. فهذا أيضاً دليل على أنّ العقدَ لم ينفسخ.

[٤]قوله: **لإمكان**...الخ؛ حاصلُه: إنّ المنفعةَ غيرُ فائتة من كلّ وجه؛ لإمكانِ الانتفاع بوجهٍ آخر، على أنّ المنفعةَ فاتت على وجهٍ يتصوَّر عودها، فأشبهت الإباقِ في البيع.

[٥]قوله: **سقط خياره**؛ لزوال السبب الموجب للردّ قبل الفسخ، والعقدُ يتجدّد ساعةً فساعة، فلم يوجد فيما يأتي بعده فسقطَ خياره.

---

(١) في «حاشيته»(٤: ٤٣).

وبخيارِ الشَّرط، والرُّؤية، وبالعذر

(وبخيارِ[1] الشَّرط، والرُّؤية، وبالعذر)[2]، هذا عندنا، وعند الشَّافِعِيِّ ﷺ[1] لا تفسخُ بخيارِ الشَّرطِ(١) ولا بالعذر(٢):

[١]قوله: **وبخيار**...الخ؛ عطف على قوله: بعيب: أي وتفسخُ الإجارةُ بخيار الشرط، وخيار الرؤية، وبالعذر لأنّ شرطَ الخيار في الإجارةِ تصحّ عندنا، ويعتبرُ أوّل مدّة الإجارةِ معه من وقت سقوط الخيار.

[٢]قوله: **وبالعذر**؛ فلا تفسخ بدونه إلاّ إذا وقعت على استهلاكِ عين كالاستكتاب، فلصاحب الورق فسخها بلا ضرر، وأصلُه في المزارعة لربّ البذرِ الفسخ دون العامل. كذا في «الأشباه».

[٣]قوله: **وعند الشافعي** ﷺ...الخ؛ أي وقال الشَّافِعِيُّ ﷺ: لا تفسخ الإجارةُ بخيار الشرط، وكذا بخيار الرؤية بالأعذار، فإنّ شرطَ الخيار لا يصحُّ في الإجارةِ عنده؛ لأنَّ المستأجرَ لا يمكنه ردُّ المعقودِ عليه بكماله إن كان الخيارُ له، إذ لا بُدّ له من تلف شيء من المنفعة في مدّة الخيار.

وإن كان للمؤجِّر فلا يمكنه التسليمُ أيضاً على الكمال؛ لأنَّ ما مضى من المنفعة في مدَّةِ الخيار لا يمكن تسليمه، وليس له تفريقُ الصفقةِ قبل التمام؛ لأنّها لا تتمّ مع خيار الشرط بخلاف البيع؛ لأنّه يمكن ردُّ جميعِ المعقود عليه فيه إذ المبيعُ عينٌ تبقى، وشرط الرؤية أيضاً لا يصحُّ عنده في الإجارة؛ لأنَّ استئجارَ ما لم يره لا يجوزُ عنده للجهالة، وبالأعذارِ أيضاً عنده لا تفسخُ الإجارةُ إلاّ بالعيب؛ لأنَّ المنافعَ عنده بمنْزلةِ الأعيان.

ولنا: في شرطِ الخيارِ أنّ الإجارةَ عقدُ معاوضةٍ لا يستحقُّ القبض فيه في المجلس، ويحتملُ الفسخَ بالإقالة، فيجوزُ فيه اشتراطُ الخيارِ كما في البيع، والجامعُ بينهما دفعُ الحاجة؛ لأنّه لَمَّا كان عقدُ معاوضةٍ ومعاملة يحتاجُ إلى التروي؛ لئلا يقع فيه الغبن، وفوات بعضِ المعقودِ عليه في الإجارة لا يمنعُ الردَّ بخيار العيبِ بالإجماع، فكذا بخيار الشرط بخلافِ البيع.

---

(١) ينظر: «النكت»(ص٥٤٤)، وغيرها.

(٢) ينظر: «النكت»(ص٥٣٩)، وغيرها.

....

....

فإنّ فواتَ بعضِ المعقودِ عليه فيه يمنعُ الردَّ بخيار العيب والشرط؛ لما أنّ التكليفَ إنّما شرعَ بحسب الوسع والطاقة، ففي البيعِ ردّ المبيع كما هو ممكن، فاشترطَ فيه عدمُ فواتِ بعضِ المعقودِ عليه للردّ؛ لإمكانه ولم يشترط في الإجارة ذلك؛ لعدم إمكانه، حتى لو اشترى شيئاً ولم يعلم بأنّه معيب ثمّ حدثَ في يد المشتري عيب آخر، لم يجزْ له الرد بالعيب؛ لفوات بعض المعقود عليه بالعيب الحادث[١].

وفي خيارِ الرؤية: إن الجواز إنّما يمتنعُ للجهالة إذا كانت تفضي إلى المنازعة، وهذه الجهالة لا تفضي إليها؛ لأنّها إذا لم يوافقه يردّه فلا يمتنعُ الجواز، ثمّ إذا رآه ثبتَ له خيار الفسخ؛ لأنَّ العقد لا يتمُّ إلاّ بالتراضي، وهو لا يتحقّق بدون العلم، وقد قال رسول الله ﷺ: «مَن اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه»[٢].

والإجارةُ شراءُ المنافع، فيتناوله ظاهرُ الحديث لفظاً أو دلالة، وفي الأعذار إنّ المنافعَ غيرُ مقبوضة، وهي المعقودُ عليها، فصار العذرُ في الإجارةِ كالعيب قبل القبض في البيع، فتفسخُ به، إذ المجوِّز للفسخ يجمعها، وهو عجزُ العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحقّ بالعقد، وهذا هو معنى العذر عندنا، كذا في المبسوطات[٣].

ومذهبُ شريح ﷺ أنّ الإجارةَ غيرُ لازمة، ولكلّ منهما فسخها؛ لأنّها أجيزت للضرورة كالعارية، ولا حاجة إلى إثباتِ صفة اللزوم، فينفردُ كلُّ واحدٍ منهما بالفسخ من غير عذر، كالعارية.

والجواب: إنّ الإجارةَ لَمَّا كانت عقدَ معاوضةٍ فلزمت من الجانبين كالبيع، وكونها أجيزت للحاجة لا يدلُّ على عدم لزومه، ألا ترى أنّ السلم أجيزَ للحاجة، ويلزم إذا وقع بخلاف العارية، فإنّها عقد تبرّع فلا يلزم.

---

(١) ينظر: «كمال الدراية»(ق٤٦٦).

(٢) في «مصنّف ابن أبي شيبة»(٤: ٢٦٨)، و«سنن الدّارَقُطْنِيّ»(٣: ٤)، «سنن البيهقي البَيْهَقِيّ» (٥: ٢٦٨)، وغيرها.

(٣) ينظر: «تبيين الحقائق»(٥: ١٤٧)، و«البناية»(٧: ١٠٢١)، وغيرها.

وهو لزومُ ضررٍ لم يُسْتَحَقَّ بالعقد إن بقي كما في سكونِ وَجعِ

(**وهو لزومُ ضررٍ**[1] **لم يُسْتَحَقَّ بالعقد إن بقي كما في سكونِ وَجعِ**[2]

واعلم أنّه إذا تحقّق العذرُ فاختلفوا في أنّ العقدَ هل ينفسخُ أو يحتاجُ إلى الفسخ، فقيل: ينفسخ، وعامّة المشايخ على أنّه يحتاج إلى الفسخ، وهو المختار، وفي وقت الاحتياج إلى الفسخ هل يحتاجُ فيه إلى قضاء القاضي أو رضاءِ الآجر أم لا، فالأوّل في «الزيادات»، والثاني في «الجامع الصغير».

وقيل في وجه التوفيق: إن ما ذكرَ في «الزيادات» محمولٌ على ما إذا لم يكن العذرُ ظاهراً كالدّين، فيكون الاحتياج فيه ليظهرَ العذر، وما ذكر في «الجامع الصغير» محمولٌ على ما إذا كان العذر ظاهراً فلا حاجة فيه إلى القضاء، وقيل: في المسألة روايتان.

وقيل: التوقّف بين روايتي الفسخ والانفساخ أولى، فإن الإجارةَ لو كانت لغرض فلم يبقَ ذلك، كما إذا استأجر دابّةً لطلبِ عبد آبقٍ ثمَّ عاد العبد من الإباق ينفسخ الإجارة، وإن لم يكن كذلك فيحتاج إلى الفسخ. كذا في شروح «النقاية»، وغيرها.

[1]قوله: **وهو لزومُ ضرر**؛ أي نقصان أحدِ المتعاقدين جسماً أو مالاً لم يستحقّ ذلك الضرّر بالعقد، ولم يلزم به، وذكر أبو السعود في «حاشية الأشباه»: إنّ كلّ عذرٍ لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا لضررٍ يلحقه في نفسه أو ماله يثبتُ له حقّ الفسخ. انتهى. وفي «جامع الفصولين»: كلّ فعلٍ هو سببُ نقص المال أو تلفه فهو عذر لفسخه. انتهى.

[2]قوله: **كما في سكون وجع ضرس**...الخ؛ أي كما إذا استأجرَ قلاّعَ السنّ ليقلع ضرسَه لوجعٍ به، فسكنَ الوجع، فالعقدُ يفسخ؛ لأنّه إن بقي العقدُ فلا محالة أن يقلعَ السنّ الصحيح، وهو غير مستحقّ بالعقد، قال العلاّمةُ الشاميّ في «ردّ المحتار»(1): التقييدُ بسكونِ الضرسِ وموت العرس، أو اختلاعها يفهم منه أنّه بدونه لا يكون له الفسخ.

قال الحَمَويّ: وفي «المبسوط»: إذا استأجرَه ليقطعَ يده للأكلةِ أو لهدمِ بناءٍ له ثمَّ بدا له في ذلك كان عذراً، إذ في إبقاءِ العقدِ إتلافُ شيءٍ من بدنه أو ماله، فهذا صريحٌ

---

(1) «رد المحتار»(٥: ٥٠).

ضرس استؤجر لقلعه وموتِ عرسٍ استؤجرَ مَن يطبخُ وليمتَها، ولحوقِ دينٍ لا يقضى إلاّ بثمن ما أجره، وسفرِ مستأجرِ عبدٍ للخدمةِ مطلقاً أو في المصر

ضرس[١] **استؤجر لقلعه**)، فإنَّهُ إن بقيَ العقدُ يقلعُ السِّنّ الصَّحيح، وهو غيرُ مستحقٍّ بالعقد، (**وموتِ عرسٍ**[٢] **استؤجرَ مَن يطبخُ وليمتَها**)(١)، فإنَّه إن بقيَ العقدُ يتضرَّر المستأجرُ بطبخِ غيرِ الوليمة.

(**ولحوقِ دينٍ**[٣] **لا يقضى إلاّ بثمن ما أجره**)، فإنّه يلزمُهُ ضرر الحبس، (**وسفرِ مستأجرٍ**[٤] **عبدٍ للخدمةِ مطلقاً أو في المصر**)، فإن الاستئجارَ للخدمةِ مطلقاً

في أنّه لو لم يسكن الوجع يكون له الفسخ. انتهى.

[١]قوله: **ضرس**؛ الضرسُ مذكّر ما دام له هذا الاسم، فإن قيل فيه سنّ فهو مؤنّث، فالتذكيرُ والتأنيثِ باعتبار لفظين، وتذكيرُ الأسماءِ وتأنيثها سماعيّ. كذا في «المصباح»(٢) وفيه تفصيل إن شئت فارجع إليه.

[٢]قوله: **وموت عرس**؛ عطف على قوله: سكون وجع؛ أي كما إذا استأجرَ طبّاخاً لطبخِ طعام وليمة عرسه، فماتت العرسُ أو اختلعت فيفسخ العقد؛ لأنّه إن بقيَ العقد تضرَّرَ المستأجرُ بإتلافِ ماله في غير الوليمة.

[٣]قوله: **ولحوق دين**...الخ؛ أي لحوق دين للمؤجِّر لا يقضي ذلك الدين إلا بثمنِ ما أجَّرَ من دارٍ أو دُكّان؛ لأنَّ في إيفاءِ العقد ضرراً لم يلتزم، وهو ضررُ الحبس، فإنّه إذا بقيت الإجارةُ مع ذلك يحبسُهُ القاضي لقضاءِ الدَّين، والحبسُ ضررٌ زائدٌ غيرُ مستحقٍّ بالعقد.

[٤]قوله: **وسفرُ مستأجر**...الخ؛ صورته: إنّ رجلاً استأجرَ غلاماً ليخدمه، وأطلقَ الإجارةَ ولم يقل في الحضرِ أو في السفر، أو قيَّدَ الإجارةَ بالخدمة في المصر، ثمَّ سافر فهذا السفر أيضاً عذرٌ تفسخُ به الإجارة؛ لأنَّ خدمة السفر أشقّ، فلا ينتظمها

---

(١) قال في «ردّ المحتار»(٥: ٥٠): التقييدُ بسكونِ الضرسِ وموت العرس، أو اختلاعها يفهم منه أنّه بدونه لا يكون له الفسخ، قال الحَمَويّ: وفي «المبسوط»: إذا استأجرَه ليقطعَ يده للأكلةِ أو لهدمِ بناءٍ له ثمَّ بدا له في ذلك كان عذراً، إذ في إبقاءِ العقدِ إتلافُ شيءٍ من بدنه أو ماله، فهذا صريحٌ في أنّه لو لم يسكن الوجع يكون له الفسخ.

(٢) «المصباح المنير»(ص٣٦٧).

وإفلاسِ مستأجرِ دكّانٍ ليتَّجرَ فيه، وخيَّاطٍ استأجرَ عبداً ليخيطَ له فتركَ عملَه، وبَدَاءِ مُكْتَرِي الدَّابّة من سفرٍ بخلاف بداءِ المكاري

يتقيَّدُ بالخدمةِ في المصر، فإن قال مالكُ العبد: لا تسافر وامضِ على الإجارة، فللمستأجرِ أن يفسخ، وإن أرادَ المستأجرَ أن يخرجَ العبد، فلمالكِهِ الفسخُ، أمَّا إن رَضِيَ المالكُ بخروجِ العبدِ فليس للمستأجرِ حقُّ الفسخ.

(**وإفلاسِ**[١] **مستأجرِ دكّانٍ ليتَّجرَ فيه، وخيَّاطٍ**[٢] **استأجرَ عبداً ليخيطَ له فتركَ عملَه**)، قيل: تأويلُه خياطٌ يعملُ برأسِ مالِهِ فذهبَ رأسُ ماله، أمَّا الذي ليس له مال، ويعملُ بالأجرة، فرأسُ مالِهِ أبرةٌ ومِقْرَاضٌ فلا يتحقَّقُ العذر[٣].

(**وبَدَاءِ**[٤](١) **مُكْتَرِي الدَّابّة من سفرٍ بخلاف بداءِ المكاري**)

الخدمةُ المطلقةُ فضلاً عن المقيَّدة بالمصر، وفي منعِ المستأجر من السفرِ ضررٌ لم يستحقَّ بالعقد.

[١]قوله: **وإفلاس**...الخ؛ صورته: إنّ رجلاً استأجرَ دُكَّاناً في السوقِ ليتَّجرَ فيه ثمّ ذهبَ ماله، فهذا العقدُ يفسخ؛ لأنَّ الإجارةَ إذا بقيت لزمَ أداءُ أجر الدّكان وهو ممتنع للإفلاس.

[٢]قوله: **وخيّاط**...الخ؛ عطفٌ على قوله: وإفلاس، وصورته: إنّ خيّاطاً استأجر عبداً ليخيطَ له فأفلسَ الرجلُ وذهبَ ماله، وتركَ العمل فهو عذر، ويفسخُ به العقد؛ للزوم الضررِ بالمضيِّ على موجبِ العقد؛ لفوات مقصوده وهو رأسُ ماله.

[٣]قوله: **فلا يتحقَّقُ العذر**؛ وهو إفلاسه، قيل: ويتحقَّقُ إفلاسه بأن يظهرَ خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليمِ الثيابِ إليه، أو يلحقه ديونٌ كثيرة، ويصيرُ بحيث أنّ الناسَ لا يأتمنون على أمتعتهم، ذكره العَيْنِيُّ(٢)، وغيره.

[٤]قوله: **وبداء**...الخ؛ البداءُ بالمدّ وبفتحتين مصدر بداله؛ أي ظهر رأي غيرُ الأوّل منعَه منه، وصورةُ المسألة: إنّ رجلاً استأجرَ دابّةً إلى بغدادَ مثلاً، ثمَّ بدا له أن يقعدَ عن السفر أو اكترى إبلاً للحجّ.

---

(١) أي ظهر ورئي. ينظر: «فتح باب العناية»(٢: ٤٤٣).

(٢) في «البناية»(٧: ١٠٢٥).

وتركِ خياطةِ مستأجرِ عبدٍ ليخيطَ له؛ ليعملَ في الصَّرف

والفرقُ بينهما: أنّ العقدَ من طرفِ المكتري تابعٌ لمصلحةِ السَّفر، فربَّما يبدو له أن لا مصلحةَ في السَّفر، فلا يمكن إلزامُهُ لأجلِ الاكتراء، ومن طرفِ المكارى ليسَ كذلك فبداؤه بداء من هذا العقد قصداً فلا اعتبارَ له.

(**وتركِ خياطةِ**[1] **مستأجرِ عبدٍ ليخيطَ له؛ ليعملَ في الصَّرف**)، إذ يمكنُهُ أن يقعدَ الخيّاطُ في ناحيةٍ من الدُّكان، ويعملَ في الصَّرف في ناحية.

ثمّ بدا له أن لا يحجّ من عامِهِ ذلك، أو مرض وعجزَ عن السفرِ فهذا عذر، ويفسخُ فيه عقدُ الإجارة؛ لأنّه لو مضى على موجبِ العقد يلزمه ضررٌ زائد، فإنّه إنّما يذهبُ للحجّ فذهب وقته، أو لطلبِ غريمه فحضرَ الغريم، أو للتجارة فاحتاجَ ذلك الرجل وصار فقيراً، بخلافِ بداء المكاري من سفره، فإنّه ليس بعذر؛ لأنّه يمكنُهُ أن يبعثَ الدوابَّ مع أجيره.

وقال في «مجمع الأنهر»(1): ولو مرضَ المكاري فهو عذرٌ في روايةِ الكرخيِّ ﷺ؛ لأنّه لا يعرى عن ضرر؛ لأنّ غيره لا يشفقُ على دابّته مثله، وهو لا يمكنه الخروجُ بخلاف ما إذا لم يمرض دون رواية الأصل لما ذكرنا.

وفي «القُهُسْتَانِيّ»(2): الفتوى على الروايةِ الأولى. انتهى. ووجه الإفتاءِ بها أنّه تعذّر خروجه لا باختياره وغيره لا يقومُ مقامَه إلا بضرر؛ ولذا قال في «الهداية»(3): ولو مرضَ المؤجِّرُ فقعد فكذلك الجوابُ على رواية الأصل. انتهى.

[1]قوله: **وترك خياطة**...الخ؛ أي وبخلاف ترك...الخ، وهذا تركيبٌ ركيك المعنى مع تتابعِ الإضافة، ولو قال: بخلافِ خيَّاطٍ استأجرَ عبداً للخياطة، فتركها ليعملَ في الصرف لكان أوضح.

وحاصله: إنّ خيّاطاً استأجرَ غلاماً ليخيطَ معه، فأرادَ الرجلُ ترك الخياطةِ وأن يعملَ في الصرف، فهو ليس بعذرٍ ولا يفسخُ به العقد؛ لأنّه يمكنه أن يقعدَ الغلامَ للخياطةِ في ناحية، وهو يعمل [في] الصرفُ في ناحية.

---

(1) «مجمع الأنهر»(2: 400).

(2) «جامع الرمز»(2: 80).

(3) «الهداية»(3: 251).

وبيعِ ما أجَّرهُ، وينفسخُ بموتِ أحدِ المتعاقدين عقدها لنفسه، فإن عقدَ لغيرِهِ فلا كالوكيلِ والوصيِّ ومتولي الوقف

(**وبيعِ ما أجَّرهُ**[1].

وينفسخُ[2] **بموتِ أحدِ المتعاقدين عقدها لنفسه، فإن عقدَ الإجارة لغيرِهِ**[3] **فلا كالوكيلِ والوصيِّ ومتولي الوقف**).

بخلاف ما إذا استأجر دكّاناً للخياطة فأرادَ أن يتركَها ويشغل بعملٍ آخر، فإنّه عذر، ويفسخُ به العقد؛ لعدمِ إمكانِ الجمع، وأمّا فيما نحن فيه فالعامل شخصان: أحدهما المستأجر، والآخرُ ذلك الغلام، فأمكنهما العمل؛ لعدمِ التعذّر(١).

[1]قوله: **وبيع ما أجره**؛ أي وبخلاف بيع المؤجِّر ما أجَّره، فإنّه ليس بعذر، ولا يفسخ به العقد؛ لإمكانِ استيفاءِ المستأجرِ المنافع والعين على ملك المشتري، كما يستوفيها والعين على ملك البائع. كذا في «كمال الدراية»(٢).

ويوقفُ بيعُه إلى انقضاء مدّتها، وهو المختار، لكن لو قضى بجوازه نفذ. كما في «الدر المختار»(٣).

[2]قوله: **وينفسخ**؛ أي بلا حاجةٍ إلى الفسخِ بموت أحد المتعاقدين؛ أي أحد من المؤجِّر والمستأجر عقدها لنفسه، وهذا عندنا؛ لأنّها لو بقيت تصيرُ المنفعةُ المملوكة أو الأجرةُ المملوكةُ لغير العاقد مستحقّة بالعقد؛ لانتقالها إلى الوارث، وهو لا يجوز.

وقال في «مجمع الأنهر»(٤): وعند الأئمّة الثلاثة لا يبطلُ بموت أحدهما، ولا بموتهما كالبيع، ولنا: إنّ المنافعَ والأجرَ صارت ملكاً للورثة، والعقد السابق لم يوجد منهم، فينتقض. انتهى.

[3]قوله: **فإنّ عقدَ الإجارة لغيره**؛ فلا تنفسخُ الإجارةُ بموته، كالوكيل إذا عقدها لموكِّله، والوصيّ إذا عقدها للصبيّ، وكذلك الأبُ ومتولّي الوقف إذا عقدَها للوقف،

(١) ينظر: «الهداية»(٣: ٢٥١).

(٢) «كمال الدراية»(ق٤٦٧).

(٣) «الدر المختار»(٥: ٥١).

(٤) «مجمع الأنهر»(٢: ٤٠١).

....

....

ووجه عدم الانفساخِ انعدامُ ما ذكرنا، وهو صيرورةُ المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقّةً بالعقد، فإنّه في الابتداء كان لغير العاقد فهو بعد الموت كذلك.

ولو مات أحدُ المستأجرين أو أحدُ المؤجِّرين بطلت الإجارةُ في نصيبه وبقيت في نصيب الآخر، وقال زفر ﷺ: تبطل في نصيب الحيّ أيضاً؛ لأنّها إجارةُ المشاع، والشيوع مانع.

ولنا: إنّ عدمَ الشيوعِ شرط، والشروط يراعي وجودها في ابتداءِ العقد لا في بقائه، كالشهادة في النكاح.

مسائل شتى

ومَن أحرقَ حصائدَ أرضٍ مستأجرةٍ أو مستعارة، فاحترقَ شيءٌ في أرض جاره لم يضمن، فإن أقعدَ خيَّاطٌ أو صبَّاغٌ في دكَّانِه من يطرحُ عليه العملَ بالنِّصفِ صحّ

مسائل شتى[1]

(ومَن أحرقَ حصائدَ[2] أرضٍ مستأجرةٍ أو مستعارة، فاحترقَ شيءٌ في أرضِ جاره لم يضمن)[3]، قيل هذا[4] إذا كانت الرِّياحُ هادئة، أمَّا إذا كانت مضطربة فيضمن[5].

(فإن أقعدَ خيَّاطٌ أو صبَّاغٌ في دكَّانِه من يطرحُ عليه العملَ بالنِّصفِ صحّ)[6]

[1]قوله: **مسائل شتى**؛ أي هذه مسائل متفرّقة على أبوابِ الإجارة قد تداركها، وحملها في آخرِ الكتاب، وقد مرَّ فيما قبل تحقيق لفظ شتى فتذكّر.

[2]قوله: **حصائد**؛ جمع حصيدة بمعنى محصودة، والمرادُ بها ما يبقى في الأرضِ من أصول القصب المحصود أو ما يحصدُ من الزرع والنبت.

[3]قوله: **لم يضمن**؛ لأنَّ هذا تسبيب، وشرطُ الضمان التعدّي، ولم يوجد، فصار كحفر بئر في ملكِ نفسه، فتلفَ به إنسان، بخلاف ما إذا رمى سهماً في ملكه فأصابَ إنساناً حيث يضمن؛ لأنّه مباشر، فلا يشترطُ فيه التعدّي.

[4]قوله: **هذا**؛ أي عدمُ وجوب الضمانِ بإحراقِ الحصائد، إذا احترقَ شيءٌ من أرضِ غيره.

[5]قوله: **فيضمن**؛ لأنَّ موقدَ النار في يوم الريح يعلم أنّها لا تستقرُ في أرضه، وذكرَ في «النهاية» معزياً إلى التُّمُرْتَاشِيّ: إنّه لو وضعَ جمرةً في الطريق فأحرقت شيئاً ضَمِن؛ لأنّه متعدٌ بالوضع، ولو رفعته الريحُ إلى شيءٍ فأحرقته لا يضمن؛ لأنَّ الريحَ نسخت فعلَه. انتهى.

[6]قوله: **صحّ**؛ أي استحساناً، والقياسُ أن لا يصحّ، والعلاَّمةُ المحقّقُ الطحاوي أخذَ في هذه المسألةِ بالقياس، وقال: القياسُ عندي أولى من الاستحسان، وجهُ القياس: إنّه استئجارٌ بنصفِ ما يخرجُ من عمله، وهو مجهول، كقفيزِ الطَّحان(1).

(1) ينظر: «حاشية الطحطاوي»(4: 48).

....

أي يتقبَّلُ أحدُهما العملَ من النَّاسِ بوجاهته، ويعملُ الآخرُ بحذاقتِه، ففي «الهداية»[1] حملَهُ على شركةِ الوجوه، وفيه نظرٌ[2]؛ لأنّه شركةُ الصَّنائعِ والتَّقبُّل، فكأنَّ صاحبَ «الهداية» أطلقَ شركةَ الوجوه؛ لأنَّ أحدَهما يتقبَّلُ العملَ بوجاهتِه، وهذا العقدُ غيرُ جائزٍ قياساً

ووجه الاستحسان: إنّ هذه شركةِ الصنائع، وليست بإجارة؛ لأنَّ تفسيرَ شركةِ الصنائع أن يكون العملُ عليهما، وإن كان أحدُهما يتولّى العملَ بحذاقته، والآخرُ يتولّى القبول بوجاهته.

وإذا وجدنا له سبيلاً إلى الجواز وهو متعارف، وجبَ القول بصحّته، فيكون العمل واجباً عليهما، والقبولُ جائزٌ لهما، إذ ليس في كلامِهما إلا تخصيص أحدِهما بالتقبُّل، والآخر بالعمل، وتخصيصُ الشيءِ بالذكر لا يدلُّ على نفي ما وراه، فأمكننا إثباتُ الشركةِ في التقبّل، والعملُ اقتضاء، وحاصله: إنّه لا يضرُّهُ الجهالةُ فيما يحصل، وتنتظم بذلك المصلحة، فتدبَّر.

[1]قوله: **ففي «الهداية»**...الخ؛ قال في «الهداية»(1): لأنّ هذه شركة الوجوه في الحقيقة، فهذا بوجاهته يقبل، وهذا بحذاقته يعمل، فينتظمُ بذلك المصلحة، فلا تضرّه الجهالةُ فيما يحصل. انتهى.

وقال المحقّقُ العَيْنِيُّ في «شرح الكنز»(2): وفيه نظر؛ لأنَّ شركةَ الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجوهما ويبيعا، وليس في هذهِ بيعٌ ولا شراء، فكيف يتصوّر أن يكون شركةُ الوجوه. انتهى. وإلى هذا أشارَ الشارح ﷺ بقوله: وفيه نظر؛ لأنّه شركة الصنائع فنفى شركة الوجوه.

[2]قوله: **وفيه نظر**؛ لأنّه شركةُ الصنائع، وهو أن يكون العملُ عليهما، وإن كان أحدُهما يتولّى العملَ بحذاقته، والآخرُ يتولّى القبول بوجاهته، فيكونُ العملُ واجباً عليهما، والقبول جائزاً لهما، إذ ليس في كلامهما إلاَّ تخصيص أحدهما بالتقبّل والآخرُ بالعمل، وتخصيصُ الشيءِ بالذكرِ لا يدلُّ على نفي ما وراه.

---

(1) «الهداية»(٣: ٢٥٢).

(2) «رمز الحقائق»(٢: ٢٠٥).

كاستئجارِ جملٍ يحملُ عليه

لأنَّ أحدَهما[١] يتقبَّلُ العملَ ويستأجرُ الآخرَ بنصفِ ما يخرجُ من عملِه، وهو مجهول، جائزٌ إستحساناً، ووجهُهُ: إنَّ تخصيصَ قبولِ العملِ بأحدِهما لا يدلُّ على نفيِهِ من الآخر، فإذا عقدتَ شركةُ الصَّنائع، ويتقبَّل أحدُهما العمل، ويعمل الآخر يجوز، فكذا هنا، والحاجةُ ماسَّةٌ بمثلِ هذا العقدِ فجوَّزناه.

(كاستئجارِ جملٍ[٢] يحملُ عليه

وأجابَ العلامةُ عزمي زاده بأنّ صاحب «الهداية»(١) لم يرد بشركةِ الوجوهِ ما هو المصطلحُ عليها، بل مراده بها هاهنا [ما] وقعَ فيها تقبّل العملِ بالوجاهة يرشدكُ إليه قوله: هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل... الخ؛ إلا أنّه غير المتبادر من الإطلاق إذ ألفاظُ الفقهاء في كتبهم ينصرفُ إلى مصطلحهم. كذا في «حاشية الطَّحْطَاويّ على الدر المختار»(٢).

[١]قوله: لأنّ أحدَهما... الخ؛ توضيحه: إنّ المستقبلَ من العمل إن كان صاحبُ الدُّكّان فالعاملُ أجيرُه بالنصف، وهو مجهول؛ لأنَّ الأجرةَ بعض ما يخرجُ من العمل، فصار كقفيز الطحان، وإن كان المستقبلُ هو العامل، وهو المستأجرُ بموضعٍ من دُكّانه بنصف ما يعمل، وذلك مجهول أيضاً.

[٢]قوله: كاستئجار جمل...الخ؛ أي كما أنّ رجلاً استأجرَ جملاً يحملُ عليه محملاً وراكبين يقعدان فيه إلى مكّة مثلاً صحَّ للمستأجرِ أن يحملَ محملاً معتاداً بين الناس، وعلى المكاري تسليمُ الحزام والقتب والسرج والبرة التي في أنفِ البعير، واللجامُ للفرس، والبردعة للحمار، فإن تلفَ منه شيء في يدِ المكتري لم يضمنه.

وأما المحمل والغطاء فعلى المكتري، وعلى المكاري إشالةُ المحمل وحطّه وسوق الدابّة وقودها، وعليه أن يُنْزِلَ الراكبين للطهارةِ والصلاةِ والفرض، ولا تجبُ للأكل وصلاةِ النفل؛ لأنّهم يمكنهم فعلهما على الظهر، وعليه أن يبركَ [للمرأة و] الجمل للمريض والشيخ الضعيف. كذا في «الجوهرة النيرة»، وغيرها(٣).

---

(١) «الهداية»(٣: ٢٥٢).

(٢) «حاشية الطحطاوي»(٤: ٤٨).

(٣) ينظر: «حاشية الطحطاوي»(٤: ٤٨).

مَحمِلاً وراكبين، وحَمَلَ مَحمِلاً معتاداً، ولو رآهُ الجمَّالُ فأجود، ومَن قال لغاصبِ دارٍ: فرِّغها وإلا فأجرتُها كلَّ شهرٍ بكذا، فلم يفرِّغ، فعليه

مَحمِلاً[١] وراكبين، وحَمَلَ مَحمِلاً معتاداً)، هذا عندنا[٢]، وعندَ الشَّافعيّ[٣] رضي الله عنه(١) لا يجوزُ للجهالة، (ولو رآهُ الجمَّالُ فأجود[٤])(٢).

فإن استأجره[٥] لحملِ قدرِ زاد فأكلَ منهُ ردَّ عوضه(٣).

ومَن قال لغاصبِ دارٍ: فرِّغها وإلا فأجرتُها كلَّ شهرٍ بكذا، فلم يفرِّغ، فعليه

[١]قوله: **محملاً**؛ بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، وبالعكس: الهودجُ الكبير الحجّاجيّ. نقله العَيْنِيُّ(٤)، والإِتْقَانِيُّ عن «المغرب»(٥).

[٢]قوله: **هذا عندنا**؛ استحساناً، ووجهه: إنّ المقصودَ هو الراكب، وهو معلوم؛ لأنَّ أجسامَ الناس متقاربةٌ غالباً، والمحملُ تابع، وما فيه من الجهالةِ يزولُ بالصرف إلى المعتاد فلا تفضي إلى المنازعة.

[٣]قوله: **وعند الشافعيّ** رضي الله عنه لا يجوز، وهو القياس؛ لأنّ المحمل مجهول في الطولِ والعرض والثقل، فيفضي إلى المنازعة.

[٤]قوله: **فأجود**؛ لأنه أنفى للجهالة، فإنّ بمشاهدةِ الجمَّال قد يرتفعُ النِّزاعُ أصلاً، وأقربُ إلى حصولِ الرضاء.

[٥]قوله: **فإن استأجره**...الخ؛ أي فإن استأجرَ جملاً يحملُ عليه مقداراً من الزادة أكل منه في الطريق جازَ له ردُّ عوض ما أكل منه، وكذا غيرُ الزَّادِ من المكيل والموزون.

وقال بعض الشافعيّة: ليس له ردُّ عوضِ ما أكل؛ لأنّ عرفَ المسافرينَ أنّهم يأكلون ولا يردُّون بدله، والمطلقُ يحملُ على المتعارف، ولنا: إنّه استحقَّ عليه حملاً مقدّراً في جميع الطريق، فله أن يستوفيَه، وصار كالماء، والعرف مشترك، فإنّ بعضَ المسافرين يردُّونَ فلا يلزمنا عرف البعض.

---

(١) ينظر: «النكت»(ص٥٦٣)، وغيرها.

(٢) أي أحسن؛ لأن المشاهدة أنفى للجهالة، وأقرب إلى تحقّق الرضا. ينظر: «الهداية»(٣: ٢٥٢).

(٣) أي عوض ما أكل؛ لأن المستحقّ عليه حمل معلوم في جميع الطريق فله استيفاؤه. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٤٠٣).

(٤) في «رمز الحقائق»(٢: ٢٠٥).

(٥) «المغرب»(ص١٢٨).

المُسمَّى إلا إذا جحدَ الغاصبُ ملكَه، وإن أقامَ عليه بيِّنةً من بعد أو أقرَّ بالملكِ له لكن قال: لا أريدُ بهذا الأجر، وصحَّت الإجارةُ وفسخُها، والمزارعةُ والمعاملة، والوكالةُ، والكفالةُ، والمضاربةُ، والقضاءُ، والإمارةُ، والوقفُ

(**المُسمَّى**)؛ لأنه إذا عيَّنَ الأجرةَ والغاصبُ رضي بها فالعقدُ بينهما عقدُ إجارة؛ (**إلا إذا**[1] **جحدَ الغاصبُ ملكَه، وإن أقامَ عليه بيِّنةً من بعد**)، فإنَّهُ إذا جحدَ ملكَهُ لم يكنْ راضياً بالإجارة مع أنَّ المغصوبَ منه أقامَ البيِّنةَ بعدَ جحودِ الغاصب أنَّهُ ملكه، ثمَّ عطفَ على قوله: إلاَّ إذا جحد قوله: (**أو أقرَّ بالملكِ له لكن قال: لا أريدُ بهذا الأجر**)، فإنَّهُ حينئذٍ لا يكونُ راضياً بالإجارة.

(**وصحَّت الإجارةُ**[2] **وفسخُها، والمزارعةُ والمعاملة**): أي المساقاة، (**والوكالةُ، والكفالةُ، والمضاربةُ، والقضاءُ، والإمارةُ، والوقفُ**): أي تفويضهما

[1]قوله: **إلا إذا**...الخ؛ أي إلاَّ إذا جحدَ الغاصبُ كون الدارِ ملك المدّعي أو لم يجحد لكن قال: لا أريدُ الدَّار بالأجرة، فلا يجبُ عليه المسمّى؛ لأنّه حينئذٍ لا يكون ملتزماً بالإجارة.

وإن برهنَ المدَّعي على ملكِهِ بعد جحد الغاصب؛ لأنَّ البيّنة بعد ذلك لا تفيد في حقِّ الإجارة، وكذا لا يلزمُ عليه الأجرُ إذا أقرَّ بالملك له، لكن قال له: لا أريدُ بالإقرارِ الأجر لعدم رضائه صريحاً بالإجارة.

[2]قوله: **وصحّت الإجارة**؛ مضافةً إلى زمانٍ في المستقبل، بأن قال مثلاً: إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتُك هذه الدار بكذا إلى السنة، هذا عندنا؛ لأنّ مطلقَها يقعُ مضافاً؛ لأنَّ انعقادها يتجدَّدُ بحسبِ ما يحدثُ من المنفعة على ما عرف، فوقوعُ المقيَّدِ أولى بالجوازِ خلافاً للشَّافِعِيّ ﷺ؛ لأنَّ المنفعةَ عنده كالعين فأشبه بيعَ العين وفسخها: أي فسخُ الإجارةِ مضافاً إلى زمانٍ في المستقبل.

كما إذا قال: فاسختك هذه الإجارةَ رأسَ الشهرِ الآتي، ولو قال: إذا جاءَ رأسُه فقد فاسختُك لم يجزْ، وقال السَّرَخْسِيُّ: جاز، والفتوى على الأوّل. كما في «فتاوى قاضي خان»، وفي «الفصول العمادية»: إنّه لا يصحُّ إجماعاً.

والمزارعة: كما إذا قال وهو في شعبان مثلاً: زارعتُك أرضي في أوّل رمضان.

والمعاملةُ: أي المساقاة كما إذا قال: ساقيتُك بستاني أوَّل رمضان، وهو في شعبانَ مثلاً.

والإيصاءُ، والوصيَّةُ، والطَّلاقُ، والعتاقُ، مضافةً

(**والإيصاءُ**): أي جعلُ الغيرِ وصيَّاً، (**والوصيَّةُ، والطَّلاقُ، والعتاقُ، مضافةً**[1]): أي مضافةً إلى زمانِ المستقبل، كما يقالُ في المُحَرَّم: أجَّرتُ هذه الدَّار من غرَّة رمضانَ إلى سنة.

والوكالة: كما إذا قال: بعْ عبدي غداً، فإنّه يصيرُ وكيلاً لا يصحُّ تصرُّفه إلاَّ بعد الغد، ولو عزله في الوكالةِ المضافةِ قبل الوقت لا ينعزلُ عند أبي يوسفَ ﷺ. وعند محمّد ﷺ ينعزل. وقال في «مجمع الأنهر»(١): وصحَّ الرجوع إجماعاً بشرطِ علم الوكيل؛ لأنّها من باب الإطلاق كالطلاقِ والعتق والوقف. انتهى.

والكفالة: كما إذا قال: ما ذاب لك على فلان فعليّ؛ لأنّها إلتزامُ المالِ ابتداءً فتصحُّ إضافتها.

المضاربة: كما إذا دفع رجلٌ عشرةَ دراهمَ إلى رجل وقال بعدما صارت بالعشرةِ عشرين: اعمل به مضاربةً بالنصف، فإنّه لم يصرْ مضارباً إلا عند صيرورتها عشرين درهماً.

والقضاء: كما إذا قال الإمام: إذا جاء الشهرُ فأنتَ قاضٍ ببلدة كذا. والإمارة: كما إذا قال: إذا جاء الشهرُ فأنتَ أميرٌ بالبلد الفلانيّ.

والإيصاء: أي جعلُ الغيرِ وصيّاً، كما إذا قال: إذا متُّ فأنت وصيّ فيما أخلف، إذ الإيصاءِ لا يتصوّر في الحال، إلا إذا جعلَ مجازاً عن الوكالة.

والوصية: كما إذا قال: إذا متُّ فثلث مالي لفلان؛ لأنّها تمليك بعد الموت.

والطلاق: كما إذا قال لامرأته: إن قدمَ فلانٌ فأنتِ طالق، فلا تطلقُ حتى يجيء.

والعتاق: كما إذا قال لعبده: أنتَ حرٌّ إذا جاءَ رأس الشهر. والوقف: كما إذا قال: أرضي هذه موقوفةٌ غداً.

[1]قوله: **مضافة**؛ نصب على الحال وهو قيدٌ للمذكورات كلّها، وتقديرُ الكلام: وصحّ كلّ واحدٍ من الإجارةِ وفسخها، والمزارعة... الخ، حال كونه مضافاً إلى الزمانِ المستقبل.

(١) «مجمع الأنهر»(٢: ٤٠٤).

لا البيعُ وإجازتُه، وفسخُه، والقسمةُ، والشَّركةُ، والهبةُ، والنِّكاحُ، والرَّجعةُ، والصُّلحُ عن مال، وإبراءُ الدَّين

(لا(١) البيعُ وإجازتُه[1]، وفسخُه، والقسمةُ، والشَّركةُ، والهبةُ، والنِّكاحُ، والرَّجعةُ، والصُّلحُ عن مال، وإبراءُ الدَّين).

[1]قوله: لا البيع وإجازته...الخ؛ أي لا يصحُّ كلُّ واحدٍ من هذه الأشياءِ المذكورةِ حال كونهِ مضافاً إلى الزمان المستقبل؛ لأنَّ هذه الأشياء تمليك، وقد أمكن تنجيزها للحال، ولا حاجةَ إلى الإضافة، بخلاف الإجارةِ وفسخها وغيرهما، فإنّ الإجارةَ وما شاكلها لا يمكنُ تمليكها للحال، وكذا الوصيّة.

وأمّا الإمارةُ والقضاءُ فمن باب الولاية، والكفالةُ من باب الالتزام. والمصوّب هو الله الملكُ العلاّم.

---

(١) أي لا يصحّ كل واحد من هذه حال كونه مضافاً إلى زمان في المستقبل؛ لأن هذه الأشياء تمليك، وقد أمكن تنجيزها للحال، فلا حاجة إلى الإضافة. ينظر: «مجمع الأنهر»(٢: ٤٠٥).

هذا آخرُ الجزءِ الثاني من زبدةِ النهاية لعمدة الرعاية في حلِّ شرح الوقاية، وهو من كتابِ البيوعِ إلى آخرِ كتاب الإجارات، وكان الفراغُ منه يوم الاثنين من شهر المعظّم شعبان المكرّم سنة السادسةَ عشرَ للمئة الرابعةَ عشرَ الهجرية، على أهلها الكريم وآله الكرام عددَ ما في علمِ الله العلاّم ألف ألف صلاةٍ وتحيّة.

وإنّي أسألُ اللهَ الجامعَ النافعَ سؤالَ الضارع الخاشع أن يتقبّله بفضله ما ينفعُ به، كما نفعَ بأصله، ويجعلَه وسيلةً للنجاة الأبديّة، وذريعةً للسعادات السرمديّة. ويوفقني لتحريرِ الجزءِ الثاني المتعلّق بالجزءِ الرَّابعِ من «شرح الوقاية»، ويجنّبني عن التعصّب والخطل والغواية.

والحمد لله المَلك السلام المهيمن العلاّم، والصلاة والسَّلام على خيرِ الأنام، وعلى آله الكرام، وصحبه العظام، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم القيام.

فهرس محتويات
الجزء السادس

فهرس محتويات الجزء السادس